



# **Revista de Direito da ADVOCEF**

*Associação Nacional dos Advogados  
da Caixa Econômica Federal*

**ADVOCEF**

*Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal*

Rua Siqueira Campos, 940/201 - Porto Alegre - RS

Telefones: (51) 3286-5366 - 0800-6478899

[www.advocef.org.br](http://www.advocef.org.br)

[revista@advocef.org.br](mailto:revista@advocef.org.br)

Revista de Direito da ADVOCEF. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.9, 2009

Semestral

ISSN: 1808-5822

1. Advogado. 2. Direito. 3. Legislação. 4. Banco. I. Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. II. Título.

343.03

343.8103

Capa: *Marcelo Torrecillas*

Editoração Eletrônica: *José Roberto Vazquez Elmo*

Revisão: *Pedro Augusto Furasté*

Tiragem: *2.000 exemplares*

Periodicidade: *semestral*

Impressão: *Gráfica Editora Pallotti*

*Solicita-se Permuta*

## **DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF**

### **Presidente**

Davi Duarte (Porto Alegre)

### **Vice-Presidente**

Bruno Vicente Becker Vanuzzi (Porto Alegre)

### **1º Tesoureiro**

Fernando da Silva Abs da Cruz (Novo Hamburgo)

### **2º Tesoureiro**

Mariano Moreira Júnior (Florianópolis)

### **1º Secretário**

Ricardo González Tavares (Porto Alegre)

### **2º Secretário**

José Carlos Pinotti Filho (Londrina)

### **Diretor de Articulação**

Carlos Alberto R. de Castro Silva (Recife)

### **Diretor de Comunicação**

Roberto Maia (Porto Alegre)

### **Diretor de Honorários**

Marcelo Quevedo do Amaral (Porto Alegre)

### **Diretor de Negociação**

Anna Claudia de Vasconcellos (Florianópolis)

### **Diretor de Prerrogativas**

Júlio Vítor Greve (Brasília)

## **CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA**

Altair Rodrigues de Paula

Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim

Roberto Maia

## **CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA**

Alaim Giovani Fortes Stefanello

Davi Duarte

Fabiano Jantalia Barbosa

João Pedro Silvestrin

## CONSELHO DELIBERATIVO

---

### **Membros Efetivos**

Henrique Chagas (Presidente Prudente)  
Laert Nascimento Araújo (Aracaju)  
Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte)  
Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim (Londrina)  
Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)

### **Membros Suplentes**

Arcinélío de Azevedo Caldas (Campos dos Goytacazes)  
Daniele Cristina Alaniz Macedo (São Paulo)  
Maria Eliza Nogueira da Silva (Brasília)

## CONSELHO FISCAL

---

### **Membros Efetivos**

Alfredo Ambrósio Neto (Goiânia)  
Liana Cunha Mousinho Coelho (Belém)  
Rogério Rubim de Miranda Magalhães (Belo Horizonte)

### **Membros Suplentes**

Fábio Romero de Souza Rangel (João Pessoa)  
Sandro Cordeiro Lopes (Rio de Janeiro)

# SUMÁRIO

---

<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>7</b>
---------------------------	----------

<b>MENSAGEM .....</b>	<b>9</b>
-----------------------	----------

## **PARTE 1 – ARTIGOS**

<b>A reafirmação do direito na transição pós-moderna: um excurso pelo pensamento de Boaventura de Sousa Santos</b>	
<i>Vinicius Cardona Franca .....</i>	<i>13</i>

<b>O papel do direito no controle social de políticas públicas</b>	
<i>Alaim Giovani Fortes Stefanello .....</i>	<i>37</i>

<b>Nova morfologia das emendas constitucionais</b>	
<i>Lourenço Nascimento Santos Neto .....</i>	<i>53</i>

<b>Considerações sobre a Lei 7492/86: balizas dogmáticas e constitucionais aos crimes de perigo abstrato</b>	
<i>Bruno Queiroz Oliveira .....</i>	<i>95</i>

<b>Dos meios coercitivos e das medidas de apoio para o cumprimento da sentença nas obrigações de fazer e não fazer</b>	
<i>Marcella Peixoto Smith .....</i>	<i>113</i>

<b>Execução provisória no processo civil: uma análise comparativa entre o direito espanhol e o direito brasileiro a partir da Lei nº 11.232/2005</b>	
<i>Wilson de Souza Malcher .....</i>	<i>147</i>

<b>O embate entre teoria e <i>praxis</i> no campo do direito autoral</b>	
<i>Ciro de Lopes e Barbuda .....</i>	<i>171</i>

<b>Alienação de folha de pagamento: natureza jurídica, licitação e dispensa à luz do ordenamento constitucional</b>	
<i>Éder Maurício Pezzi López .....</i>	<i>207</i>

<b>O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos frente à desvalorização da moeda brasileira em relação a outras moedas</b>	
Éder Pessoa da Costa .....	225
<b>A responsabilidade civil do proprietário do terreno na atividade de incorporação imobiliária</b>	
Luciana Buksztejn Gomes .....	235

## **PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA**

<b>Superior Tribunal de Justiça</b>	
<i>Corte Especial. Liquidação/execução de sentença. Critérios de cálculo. Conteúdo decisório. Preclusão.....</i>	267
<b>Superior Tribunal de Justiça</b>	
<i>Recurso repetitivo. Taxa de juros. Limitação. Capitalização. Tabela Price .....</i>	271
<b>Superior Tribunal de Justiça</b>	
<i>Recurso repetitivo. Cadastros restritivos. Notificação. Prova de recebimento .....</i>	287
<b>Superior Tribunal de Justiça</b>	
<i>Honorários advocatícios. Desistência do autor. Advogado empregado .....</i>	297
<b>Tribunal Regional Federal da 4ª Região</b>	
<i>Licitação. Participação de Cooperativa. Contratação de mão-de-obra .....</i>	301

## APRESENTAÇÃO

---

Com quatro anos de existência e ininterrupta produção acadêmica e técnica, a Revista de Direito da ADVOCEF chega ao seu nono volume com qualidade, consistência e pluralidade de pensamentos e teses jurídicas.

A Revista, que inicialmente foi publicada objetivando a valorização e reconhecimento do quadro de advogados da CAIXA, consolidou-se muito além dos seus propósitos iniciais, tendo obtido reconhecimento através de sua inclusão no sistema QUALIS, da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior/Ministério da Educação), o que evidencia seu caráter científico e acadêmico.

A ampla e gratuita distribuição da Revista para diversas bibliotecas de Universidades em todos os Estados da Federação, bem como aos Ministros de Tribunais Superiores e renomadas instituições jurídicas públicas e privadas, faz com que os 2.000 exemplares do periódico sirvam de base para consulta e pesquisa, tanto na área acadêmica, quanto na esfera profissional.

A consistência da produção levada ao público é fruto da diversidade de autores, oriundos de diferentes Estados, com diversas afiliações acadêmicas e institucionais, tornando a Revista um privilegiado e democrático espaço de desenvolvimento e divulgação da teoria jurídica.

A seção de jurisprudência busca publicar decisões de relevante interesse aos profissionais do Direito, divulgando julgados que signifiquem consolidações em determinadas áreas, ou, ainda, que indiquem inovação e demonstrem a importância dos temas analisados.

Portanto, é com muito orgulho e júbilo que a ADVOCEF oferece à comunidade jurídica nacional mais uma edição da sua Revista de Direito, apresentando trabalhos de pesquisadores externos à instituição, bem como de advogados da Caixa Econômica Federal que, diuturnamente, se esmeram na defesa desta Empresa Pública, grande irradiadora do desenvolvimento urbano e social do País.

Boa leitura e até o próximo número!

***Diretoria Executiva da Advocef***





## **Tempo de construir**

Estamos às portas de 2.010 da era cristã, e a paz continua sendo esperada.

Mudanças positivas ocorrem em profusão.

A comunicação virtual é caminho para outras formas, ainda mais velozes e completas, de o ser humano estar em diversos lugares. As distâncias físicas, definitivamente, estão reduzidas. As fronteiras da solidariedade, ampliadas; as do conhecimento alcançaram pontos antes apenas sonhados.

Mas se a luz do conhecer espalha-se pelo mundo, observamos que apenas ilumina um espaço ainda maior a ser desbravado.

É o ciclo dos descobrimentos que recomeça?

Então, como e quando teremos um mundo melhor? Quando haverá forte união, solidariedade e compreensão da necessidade do outro?

Respostas podem ser muitas.

Cada um se melhorando, melhorará o todo.

Mas trabalho honesto, dedicação, cuidado e amor são valores perenes, fontes de renovação da possibilidade de chegarmos a um mundo mais evoluído, em que prevaleça a vida, em sua dimensão plena, e que se renova com o cíclico nascimento de todas as formas de vida, inclusive de novos filhos do homem, para reacender a esperança...

***Davi Duarte***  
***Presidente da ADVOCEF***





**PARTE 1**

**ARTIGOS**



# **A reafirmação do direito na transição pós-moderna: um excurso pelo pensamento de Boaventura de Sousa Santos**

**Vinicius Cardona Franca**

*Advogado da Caixa na Bahia*

*Mestre em Direito Público pela Universidade*

*Federal da Bahia*

*Especialista em Direito do Estado*

## **RESUMO**

Este artigo apresenta um esboço do pensamento de Boaventura de Sousa Santos acerca dos efeitos epistemológicos e sócio-políticos da crise do paradigma da modernidade, bem como da possível emergência de um novo modelo de racionalidade científica. A racionalidade científica moderna nasce no século XVI e se desdobra nos séculos seguintes sob a égide das ciências naturais. Esse paradigma não reconhece racionalidade a qualquer outra forma de apreensão do real e se impõe como melhor forma de explicação do mundo, em detrimento das explicações religiosas e míticas, artísticas, filosóficas e, sobretudo, do senso comum. Num segundo momento, tal modelo mecanicista e hegemônico transborda do estudo da natureza para o estudo da sociedade. Os estudos dos fenômenos sociais adquirem *status* científico, ainda que umbilicalmente atrelados ao paradigma moderno de racionalidade. O modelo dominante entra em crise por seus próprios fundamentos, com repercussões tanto sócio-políticas quanto sobre as condições de produção do conhecimento. Uma série de avanços das ciências naturais no século XX, a começar por Einstein, coloca em xeque valores fundamentais da modernidade, tais como sua concepção de lei científica e do papel da causalidade. Além, a crise relativizou a rígida separação entre ser humano e natureza e entre sujeito observador e objeto observado, baluartes do estatuto moderno. Cogita-se, portanto, da emergência do chamado paradigma da pós-modernidade. Demais, são abordadas as características desse possível novo modelo, bem como suas repercussões sobre o Direito e as condições de produção do conhecimento jurídico, à luz das quatro teses desenvolvidas por Boaventura de Sousa Santos.

Palavras-chave: Modernidade. Paradigma. Pós-modernidade. Epistemologia.

## ABSTRACT

This article presents a brief description on Boaventura de Sousa Santos thought concerning the epistemological and socio-political effects of modern paradigm crisis, as well as the possible emergency of a new model of scientific rationality. The modern scientific rationality is born in the sixteenth century and is developed in the following centuries under the primacy of the natural sciences. This paradigm does not recognize rationality to any other type of apprehension of the real and imposes itself as the best way of explanation of the world, in detriment of religious, mythical, artistic, and philosophical explanations and, over all, of the common sense. *In* a second moment such mechanist and hegemonic model overflows from the study of nature to the study of society. The studies on social phenomena acquire scientific *status*, though intimately linked to the modern paradigm of rationality. The dominant model goes into crisis because of its own basis, with repercussions on socio-political conditions as much as on the conditions of production of knowledge. A series of advances in natural sciences during the twentieth century, starting from Einstein, puts basic values of modernity in jeopardy, such as its conception of scientific law and the role played by causality. Further, the crisis relativizes the rigid separation between human being and nature and observer subject and observed object, bastions of modern statute. It is cogitated, therefore, on the emergency of the so called after modernity paradigm. Besides it's presented an approach on the characteristics of the possible new model, as well as its repercussions over Law and the conditions of juridical knowledge production, to the light of the four theses developed by Boaventura de Sousa Santos.

Keywords: Modernity. Paradigm. After modernity. Epistemology.

## Introdução

Há pouco mais de vinte anos, o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos proferiu sua *Oração da Sapiência* na Universidade de Coimbra, por ocasião da abertura do ano letivo de 1985/1986. Aquele pronunciamento deu origem ao seu "Um discurso sobre as ciências", através do qual propõe um balanço das repercussões do paradigma moderno sobre as ciências, aponta a crise desse paradigma e, enfim, esboça as linhas mestras do que pode vir a ser um novo paradigma de racionalidade científica. Os eventos históricos desses últimos vinte anos parecem confirmar que o esboço gizado por aquele pensador luso consiste em algo mais que um mero exercício de futurologia.

O presente artigo procura esboçar o pensamento geral de Boaventura de Sousa Santos no tocante ao paradigma epistemológico da modernidade, os fatores teóricos e sociológicos de sua crise e, por fim, aquilo que pode vir a ser um novo modelo de racionalidade científica e, além, um novo modo de viver. De mais, o presente excursus visa compreender que papel o Direito e a produção do conhecimento jurídico podem e devem desempenhar no contexto de crise e de emergência do possível novo modelo.

## 1 O paradigma vigente

Caracterizar o que sejam o projeto da modernidade e suas incontáveis repercussões em todos os meandros da vida humana consiste numa tarefa hercúlea. Felizmente é possível, para tanto, contar com as sínteses de um leitor do mundo como Boaventura de Sousa Santos. O foco desta reflexão está primordialmente sobre as repercussões epistemológicas da modernidade. Sem embargo, é impossível olvidar os impactos desse paradigma no plano sócio-global, é dizer, nos domínios do social, do político e do econômico, que parecem condicionar-se reciprocamente ao plano epistemológico.

### 1.1 Os pilares fundamentais da modernidade

Consoante Boaventura de Sousa Santos,<sup>1</sup> a modernidade é um projeto complexo, rico em novas ideias e capaz de infinitas possibilidades em direção à emancipação da condição humana.

Esse projeto sócio-cultural do homem ocidental assenta-se sobre dois pilares fundamentais: o pilar da regulação e o pilar da emancipação, cada qual constituído por três princípios. O pilar da regulação constitui-se do princípio do Estado, desenvolvido sobretudo por Hobbes; do princípio do mercado, dominante no pensamento de Locke; e pelo princípio da comunidade, presente especialmente na filosofia política de Rousseau. Já o pilar da emancipação é constituído por três lógicas de racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte; a racionalidade moral-prática da ética e do Direito; e a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica.

Esses dois pilares e seus respectivos princípios estão correlacionados, pois embora as lógicas da emancipação visem, no seu conjunto, orientar a vida prática das pessoas, cada uma delas tem um modo de inserção privilegiado nas estruturas de regulação.

<sup>1</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós – modernidade. 5.ed. São Paulo: Cortez, 1999. p.77.

Assim, a racionalidade estético-expressiva liga-se privilegiadamente ao princípio da comunidade, pois é nela que se condensam as ideias de identidade e comunhão sem as quais se faz impossível a contemplação estética. A racionalidade moral-prática, por sua vez, está imbricada com o princípio do Estado, pois é a este que incumbe definir e fazer cumprir um mínimo ético, tarefa para a qual está aparelhado do monopólio da produção e da distribuição do Direito. Já a racionalidade cognitivo-instrumental está umbilicalmente atrelada ao princípio do mercado, pois nele se concentram as ideias de individualidade e concorrência, essenciais ao desenvolvimento da ciência e da técnica e, além, porque desde o século XVIII a ciência se converteu em verdadeira força produtiva.<sup>2</sup>

É com estribo nesses pilares que Boaventura de Sousa Santos vai desdobrar toda a sua análise em derredor da modernidade, e em função deles detectar os fatores de crise desse paradigma. Um dado problema posto como questão da transição paradigmática, seja ele societal-global ou epistemológico, pode ser adequadamente enquadrado nessas estruturas propostas por Boaventura.

Observe-se que o Direito pode ser pensado, dentro dos pilares fundamentais, no âmbito da racionalidade moral-prática ou no âmbito da racionalidade cognitivo-instrumental. Na primeira, ligada ao princípio do Estado, o Direito pode ser estudado enquanto função tecnológica de decidibilidade de conflitos.<sup>3</sup> Na segunda, imbricada com o princípio do mercado, avultam os problemas epistemológicos da ciência do Direito. Os dois planos de análise certamente se interpenetram, mas não se confundem completamente. No primeiro, avultam temas sociológicos, econômicos e políticos que deságuam no jurídico. No segundo, avultam temas ligados às condições de produção do conhecimento jurídico.

As características epistemológicas do paradigma dominante serão apresentadas a seguir, enquanto alguns efeitos sócio-globais, para fins didáticos, serão pinçados juntamente aos fatores de sua crise.

## 1.2 Os caracteres epistemológicos da modernidade

Consoante a leitura de Arendt,<sup>4</sup> há três grandes eventos ocorridos no limiar da Era Moderna que lhe determinam o caráter: a descoberta da América e a consequente exploração de toda a Ter-

<sup>2</sup> SANTOS, 1999, p.77.

<sup>3</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, dominação e decisão**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.88.

<sup>4</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. Tradução de Roberto Raposo. p.260-1.



ra; a Reforma, que, expropriando os bens eclesiásticos e monásticos, desencadeou o duplo processo de expropriação individual e acúmulo de riqueza social; e a invenção do telescópio, ensejando o desenvolvimento de uma nova ciência que considera a natureza da Terra do ponto de vista do universo. Não se tratam de eventos propriamente modernos. Seus protagonistas – os grandes navegadores, Lutero e Galileu – pertenciam a um mundo pré-moderno e suas motivações estavam ainda fortemente arraigadas na tradição. Todavia, embora não possam ser explicados por alguma corrente de causalidade, concorreram para precipitar a crise do paradigma antigo.

Boaventura de Sousa Santos apresenta<sup>5</sup> um quadro segundo o qual a racionalidade científica própria da idade moderna teve origem na revolução da ciência do século XVI e desdobrou-se nos séculos que se seguiram, basicamente atrelada ao domínio das ciências naturais. O novo modelo de racionalidade segue uma curva ascendente, que se inicia na teoria heliocêntrica do movimento dos planetas, de Copérnico, passando pelas leis de Kepler sobre a órbita dos planetas, pelas leis de Galileu sobre a queda dos corpos, pelas leis de Newton e enfim pela consciência filosófica emprestada por Bacon e Descartes. Só a partir dos séculos dezoito e dezenove esse modelo de racionalidade vai se estender às novas ciências sociais.

O pensamento moderno, no afã de se contrapor à racionalidade medieval que o precedeu, buscou se distinguir radicalmente de todas as demais formas de conhecimento humano, expulsando de seus domínios, em primeiro lugar, de logo, o senso comum, como também as formas de cognição conhecidas como humanidades, a saber, os estudos históricos, filológicos, jurídicos, filosóficos e teológicos. O modelo moderno nega caráter racional a toda e qualquer forma de conhecimento que não se pautar pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas. Ciência será aquela forma de saber que se conduza por tais caminhos.<sup>6</sup> O que marca profundamente a modernidade é que seu modelo de racionalidade científica é alçado ao *status* proeminente de melhor e até único meio de explicação do mundo, em detrimento das explicações religiosas e míticas, artísticas e filosóficas.

É marcante o completo degrado do senso comum. Essa ruptura explica-se, nas palavras de Boaventura, pela consciência dos protagonistas do novo modelo de que, mais do que uma reação ao

<sup>5</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. Disponível em: <<http://docentes.puccampinas.edu.br/ceatec/davidb/abertura/METODOLOGIA/DiscursoCiencias.pdf>> Acesso em: 12 mar. 2007. p.3.

<sup>6</sup> SANTOS, 2007. p.3.

saber aristotélico e medieval, estavam levando a cabo uma nova visão do mundo e da vida e, por isso, era premente se contraporem a todas as formas de dogmatismo e autoridade.<sup>7</sup> Nesse sentido, é emblemática a primeira das quatro regras do método formuladas por Descartes:

Nunca aceitar algo como verdadeiro que eu não conhecesse claramente como tal; ou seja, de evitar cuidadosamente a pressa e a prevenção, e de nada fazer constar de meus juízos que não se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito que eu não tivesse motivo algum de duvidar dele.<sup>8</sup>

A principal característica da dúvida cartesiana é a sua pretensão à universalidade, isto é, o fato de que nada, nenhum pensamento ou experiência, dela escapa.<sup>9</sup> Daí não haver, nesse modelo de racionalidade, lugar para o senso comum ou outra forma qualquer de cognição.

Em outro lugar, Boaventura de Sousa Santos<sup>10</sup> esclarece que o conceito filosófico do senso comum surge no século dezoito e representa o combate ideológico da burguesia emergente ao irracionalismo e à tradição do antigo regime. Cuida-se, pois, de um senso que se pretende natural, razoável, prudente e, porque burguês, se converte em senso médio e universal. Essa valorização filosófica do senso comum esteve, assim, ligada ao projeto de ascensão de classe. Destarte, compreende-se porque, uma vez tomado o poder, o conceito filosófico de senso comum tenha sido relegado à categoria de conhecimento ilusório.

Como efeito dessa rejeição à percepção sensorial e imediata, emerge outro elemento da essência da era moderna, que corresponde à rígida separação entre a natureza e o ser humano. Essa dissociação atravessa o universo de um extremo ao outro e se expressa nas dualidades sujeito/objeto, alma/corpo, espírito/matéria, qualidade/quantidade, finalidade/causalidade, sentimento/razão, liberdade/determinismo, existência/essência, etc.<sup>11</sup>

O conhecimento científico avança, assim, na busca da observação livre, descomprometida e rigorosa dos fenômenos naturais, como objetos absolutamente distintos do sujeito observador. Para tanto, avulta a matemática como instrumento de quantificação e medição rigorosas dos fenômenos. A relevância científica de um

<sup>7</sup> SANTOS, 2007. p.3.

<sup>8</sup> DESCARTES *apud* SANTOS, 2007. p.11.

<sup>9</sup> ARENDT, 2001. p.287.

<sup>10</sup> SANTOS, 1989. p.36-7.

<sup>11</sup> MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 5.ed. rev. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. p.26.

objeto se mede no quanto ele pode ser quantificado e medido, experimentado e controlado.<sup>12</sup>

Demais, o método científico persegue a redução da complexidade, o que redundará na síntese de leis, enunciados que pretendem traduzir o real. A ideia moderna de lei científica está assentada num conceito de causalidade sacado dentre um dos quatro tipos de causa fornecidos pela física aristotélica, a saber, a causa material, a causa formal, a causa eficiente e a causa final. A causalidade moderna é eminentemente formal, que privilegia o “como funciona” das coisas e olvida o “qual o agente” e o “qual o fim” das coisas.

O prestígio do “como”, em detrimento do “quem” e do “para que”, constitui outro elemento do cisma entre a racionalidade moderna e o senso comum. Enquanto neste último a causa e a intenção convivem harmoniosamente, na ciência moderna a verificação da causa formal requer a expulsão da intenção, o que justifica a pretensão de rigor e verossimilhança do cientista no seu empreendimento de manipular, intervir e transformar o real. A busca da redução da complexidade do real em leis supõe a ideia do mecanicismo newtoniano de ordem e estabilidade do universo, na qual o futuro repete o passado, e de um mundo que pode ser completamente traduzido em leis físicas e matemáticas, e que o caminho cartesiano pode tornar cognoscível por meio da decomposição nos elementos que o constituem.<sup>13</sup>

Não obstante, Boaventura de Sousa Santos<sup>14</sup> aduz que é esta mesma ideia de ordem e estabilidade do mundo que constituirá o pressuposto de transformação tecnológica do real. Trata-se de um tipo de conhecimento que se pretende utilitário e funcional, que se reconhece menos por sua capacidade de compreender profundamente o real do que pela sua capacidade de o dominar e transformar. Esse é o viés que vai interessar à burguesia ascendente, que, através do modelo moderno de racionalidade científica, vai patrocinar e ao mesmo tempo se beneficiar da revolução técnica, em suas diferentes etapas históricas.

Pouco a pouco esse modelo hegemônico de racionalidade transbordou do estudo da natureza para o estudo da sociedade. Pensou-se que, como se poderiam sintetizar leis sobre o funcionamento da natureza, assim se poderiam formular leis da sociedade e, portanto, determinar as causas dos seus fenômenos, prevê-los, quiçá manipulá-los, experimentá-los e dirigir-lhe os caminhos em direção ao progresso. Tendo por precursores Bacon, Vico e

<sup>12</sup> SANTOS, 2007. p.4-5.

<sup>13</sup> SANTOS, 2007. p.5.

<sup>14</sup> SANTOS, 2007. p.6.

Montesquieu, esse movimento é ampliado e aprofundado na Ilustração, através do que se criaram condições para a emergência das ciências sociais no século XIX.<sup>15</sup>

Boaventura de Sousa Santos<sup>16</sup> distingue duas vertentes através das quais o modelo mecanicista influenciou as ciências sociais. Na primeira, dominante num primeiro momento, procurou-se aplicar à investigação dos fenômenos sociais, tanto quanto possível, todos os princípios metodológicos e epistemológicos que orientavam as ciências naturais desde o advento da racionalidade moderna. Emblema marcante disso é a expressão “física social”, com que inicialmente se designaram os estudos sociais. Pretendia-se estudar fatos da sociedade como “coisas”, isto é, objetos redutíveis às suas dimensões externas, observáveis e mensuráveis. Como observou Popper:

A vitória da antropologia é a vitória de um método supostamente observacional, supostamente descritivo e supostamente mais objetivo, e, portanto, do que é tomado como método das ciências naturais. É uma vitória de Pirro. Outra vitória dessas, e nós – isto é, ambas a antropologia e a sociologia – estamos perdidos.<sup>17</sup>

Exemplos exacerbados dessa vertente foram as ideias do médico italiano Cesare Lombroso, que em 1870 lançou sua teoria sobre o homem delinquente, descrevendo a intuição que o levou à ideia de criminalidade inata e à criação da disciplina por ele fundada, qual seja a antropologia criminal. Para Lombroso, os criminosos são tipos atávicos, do ponto de vista evolutivo, que fazem parte da sociedade. A informação genética humana traria germes em estado de letargia, provenientes do passado ancestral. Em alguns indivíduos, esse passado ancestral casualmente voltaria à tona, fazendo-os se comportarem como animais ou selvagens, conduta esta que na sociedade chamada civilizada seria considerada criminoso. Esses criminosos natos poderiam ser facilmente identificados, pois sua natureza simiesca se traduziria em traços anatômicos. A conduta criminoso também poderia ocorrer a outros indivíduos, mas os fatalmente criminosos podem ser identificados por sua anatomia.<sup>18</sup> Veem-se aqui os efeitos do positivismo levados às últimas consequências.

---

<sup>15</sup> SANTOS, 2007. p.6

<sup>16</sup> SANTOS, 2007. p.7.

<sup>17</sup> POPPER, Karl Raymund. **A lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. p.19.

<sup>18</sup> GOULD, Stephen Jay. **A falsa medida do homem**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.121-3.

Não poucas dificuldades surgiram com esse esforço de transposição epistemológica. Alguns dos obstáculos consistiram na impossibilidade de se sintetizarem leis universais acerca dos fatos sociais, visto que estes são historicamente condicionados e culturalmente determinados; no fato de os seres humanos modificarem seu comportamento em função do conhecimento que a respeito dele acumulam; no fato de o estudioso da sociedade não poder libertar-se dos valores que informam sua prática geral e, portanto, também sua prática científica.<sup>19</sup>

Para a segunda vertente, os obstáculos referidos acima não podem ser superados. Por isso, reclama para as ciências sociais um estatuto metodológico próprio. Segundo essa segunda corrente, o comportamento humano não pode ser explicado com base em características exteriores e observáveis, ao contrário das ciências naturais. A ciência social deve assumir sua subjetividade e desistir de uma pretensão à objetividade, devendo ainda investigar os fatos sociais tendo em perspectiva as atitudes mentais e os sentidos (finalidade) que os agentes conferem às suas condutas. Para tanto se fazem necessários métodos próprios, diferentes dos manejados pelas ciências naturais, isto é, métodos qualitativos e não quantitativos, a fim de construir um conhecimento intersubjetivo, descritivo e compreensivo, e não objetivo e explicativo.<sup>20</sup>

A despeito dos sinais de crise e de inadequação epistemológica demonstrados nas formulações da segunda vertente, Boaventura de Sousa<sup>21</sup> enxerga ambas as correntes como partes do paradigma moderno de racionalidade científica. É que a segunda vertente, mesmo ao tentar desvencilhar-se de um modelo mecanicista de racionalidade, inaplicável às ciências sociais, ainda compartilha de valores modernos, como as dualidades homem/natureza, sujeito/objeto, etc. Em sendo assim, mesmo essa opção por um conhecimento mais “humano” ainda está arraigada a uma prioridade cognitiva das ciências naturais. À guisa de exemplo, ao se recusarem elementos biológicos como condicionantes do comportamento humano, se está a utilizar elementos biológicos para fixar a especificidade do homem. Daí essa visão das ciências sociais ainda estar fortemente atrelada à modernidade, em que pese conter em seu bojo alguns elementos de crise e indícios de ascensão de um novo paradigma para a ciência.

---

<sup>19</sup> SANTOS, 2007. p.7.

<sup>20</sup> SANTOS, 2007. p.7.

<sup>21</sup> SANTOS, 2007. p.8.

## 2 Crise

Para Boaventura de Sousa Santos<sup>22</sup>, o paradigma moderno se encontra em crise, em razão de seus próprios fundamentos. Sua ideia-mestra consiste no princípio de que a modernidade, saturada de promessas emancipatórias, falhou em cumprir a maior parte dessas promessas, e as poucas que foram levadas a efeito o foram de maneira excessiva, de sorte que foi gerado um abismo, um déficit entre o pouco feito em excesso e o muito deixado a desejar. Os fatores da crise têm causas e efeitos sociológicos e também repercussões sobre as ciências. É prudente gizar um esboço dos primeiros, como fenômeno mais amplo, a fim de que se compreendam adequadamente as últimas.

### 2.1 O ruir dos pilares fundamentais

A relação entre os apontados pilares fundamentais da modernidade está na raiz da crise. Boaventura de Sousa Santos<sup>23</sup> anota que os pilares da regulação e da emancipação, a fim de racionalizar e direcionar a vida humana individual e coletiva rumo ao progresso, deveriam lograr conciliar valores contraditórios entre si, como justiça e autonomia, solidariedade e identidade, emancipação e subjetividade, e liberdade e igualdade. A dificuldade residuiu em que regulação e emancipação, e seus respectivos princípios, adquiriram uma aspiração de universalidade, uma vocação maximalista, a partir de uma construção abstrata, que tornaram incompatíveis o convívio harmônico dos ditos valores, levando-os a um revezamento de preponderância nos sucessivos momentos históricos.

Comunidade, mercado e Estado, especialmente os dois últimos, entraram em choque como vieses de regulação. De outro lado, no pilar da emancipação, ocorreu também uma busca de maximização, observando-se, conseqüentemente, uma pretensão de esteticização, de juridificação e também de cientificização da realidade social.<sup>24</sup> Houve, claro, tentativas de harmonização dos objetivos modernos, em campos diversos. Emblema disso é o advento do Estado Social, em suas diversas facetas, como esforço de compromisso entre Estado e mercado, com preponderância do segundo.

Viu-se também que essa solução de compromisso praticamente malogrou, mediante o que se expôs a fragilidade da relação

---

<sup>22</sup> SANTOS, 1999. p.76.

<sup>23</sup> SANTOS, 1999. p.78.

<sup>24</sup> SANTOS, 1999. p.78.

entre os pilares fundamentais, bem assim do convívio entre seus valores contraditórios. Isso em razão, segundo crê Boaventura, do modo abstrato e pretensamente universal como foram erigidos os pilares.

As repercussões dessa fragilidade são muitas e se estendem sobre todos os princípios do pilar da emancipação. Calha aqui apenas pinçar alguns desses efeitos, especialmente sobre o princípio da racionalidade moral-prática da Ética e do Direito. Nesse domínio, avultaram processos de especialização, manifestados sobretudo na chamada microética liberal, isto é, a responsabilidade moral referida exclusivamente ao indivíduo, e no excessivo formalismo jurídico levado a efeito pelo pandectismo e transformado em política jurídica hegemônica através do movimento de codificação.<sup>25</sup>

Outro efeito sobre a racionalidade moral-prática foi a forma política do Estado de penetrar cada vez mais fundo na sociedade civil, fazendo-o através de soluções legislativas, institucionais e burocráticas que o afastaram progressivamente dos cidadãos, aos quais é pedida obediência passiva em lugar de mobilização ativa. Emerge uma ciência jurídica dogmática e formalista, falsamente isenta de inclinações axiológicas, bem representada na teoria pura do Direito de Kelsen.<sup>26</sup>

A regulamentação jurídica da vida social se faz por retro-alimentação, uma regulação dando sempre origem a outra, enquanto o cidadão comum, premido por um conhecimento jurídico especializado e hermético e pelo excesso de juridificação de sua vida, é obrigado a abrir mão do auxílio do senso comum como prudência de vida, aquele bom senso burguês do século dezoito, que levou aquela classe a sobrepujar a irracionalidade da aristocracia e do *ancien regime*.<sup>27</sup>

Esses são apenas alguns apontamentos da crise nas estruturas dos pilares fundamentais, como fenômeno mais amplo. A crise atinge também, portanto, o princípio da racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica.

## 2.2 Elementos epistemológicos da crise

Na seara da reflexão epistemológica, Boaventura de Sousa Santos, invocando o pensamento de Kuhn,<sup>28</sup> distingue dois tipos de crise: as crises de crescimento e as crises de degenerescência.

<sup>25</sup> SANTOS, 1999. p.82.

<sup>26</sup> SANTOS, 1999. p.86.

<sup>27</sup> SANTOS, 1999. p.91.

<sup>28</sup> KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998. p.17.

As primeiras afetam a matriz disciplinar de um dado ramo científico. Trata-se de uma insatisfação quanto aos métodos ou conceitos básicos até então incontestados naquela disciplina, mas que em razão do crescimento e da pujança teórica da ciência em mutação, requer um rearranjo metodológico e é enviesada no sentido de afirmar a autonomia do conhecimento científico em relação a outras formas de conhecimento. Já as crises de degenerescência são verdadeiras crises de paradigma, que atingem todas as disciplinas, ainda que desigualmente, e as atingem de modo mais profundo. Aqui se põem em xeque as próprias condições de inteligibilidade do real proporcionadas por um paradigma e não apenas os métodos e instrumentos que lhe são acessórios. Tais crises são raras. Nelas, a reflexão epistemológica corresponde à consciência teórica da precariedade das estruturas do paradigma em crise.<sup>29</sup>

Assim se deu com a racionalidade medieval aristotélica. Assim hoje se dá, segundo crêem alguns pensadores, com o modelo moderno de racionalidade científica. Boaventura de Sousa Santos aponta algumas condições teóricas e sociais que ele crê consistirem numa pluralidade de causas da crise do paradigma vigente. Curiosamente, os rombos no modelo dominante começam a se abrir primeiramente no âmbito das ciências naturais, para somente num segundo momento submeterem-se à reflexão filosófica.

O primeiro grande rombo na ciência moderna foi ensejado pela teoria da relatividade da simultaneidade de Einstein. Sua teoria revolucionou as percepções do homem de tempo e espaço. Inexistindo simultaneidade universal, o tempo e espaço absolutos da mecânica newtoniana deixam de fazer sentido.<sup>30</sup> Outrossim, o rigor das leis de Newton é relativizado, nos domínios da microfísica, pela mecânica quântica. Os estudos de Heisenberg e Bohr demonstraram que não se faz possível observar ou medir um objeto sem interferir nele e o alterar, de modo que um objeto, após um processo de análise, não é mais o mesmo. Daí afirmar Boaventura que “não conhecemos do real senão o que nele introduzimos.”<sup>31</sup> Os avanços na microfísica ensejaram, portanto, um sério abalo na rígida separação sujeito/objeto e na ideia de isenção absoluta do pesquisador.

Já o teorema da incompletude de Gödel colocou em causa o rigor das formalizações matemáticas como modo de representar e fundamentar o pretenso rigor das leis da natureza.<sup>32</sup> Outros avan-

<sup>29</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989. p.18.

<sup>30</sup> SANTOS, 2007. p.8.

<sup>31</sup> SANTOS, 2007. p.9.

<sup>32</sup> SANTOS, 2007. p.9.



ços na biologia e na química ao longo do século XX revolucionaram a concepção clássica da matéria e da natureza.<sup>33</sup>

A expansão das fronteiras das ciências naturais conduziu à revisão crítica de algumas das principais categorias do modelo vigente. Entre elas se encontram os conceitos modernos de lei científica e de causalidade. A redução da complexidade do real à simplicidade dos enunciados científicos expõe uma simplificação arbitrária e um recrudescimento dos horizontes do saber, um fechar os olhos para além do que está apreendido. Já o conceito de causalidade tem sofrido críticas tanto ontológicas quanto metodológicas. A hegemonia do causalismo tem sido relativizada e tem cedido espaço ao finalismo.<sup>34</sup>

Demais, a crise epistemológica da modernidade tem também em sua raiz certos fatores sociológicos que incidiram sobre as condições de produção do conhecimento. Trata-se da perda de autonomia e do desinteresse do conhecimento científico, que ruíram ante o fenômeno da industrialização da ciência e do comprometimento dos cientistas com o poder político e com o poder econômico. Esse é um fenômeno verificado não somente nas sociedades capitalistas, mas também nos Estados socialistas, a serviço de quem todo o aparato científico se colocou, como instrumento do embate ideológico. Concorreram também a exacerbação da divisão social do trabalho, a estratificação e hierarquização da comunidade científica e a proletarianização do pessoal.<sup>35</sup>

Aqui se mostra verossímil a declaração de Marx e Engels, vazada no Manifesto do Partido Comunista, segundo a qual “a burguesia [...] transformou em seus trabalhadores assalariados o médico, o jurista, o padre, o poeta, o homem de ciência”.<sup>36</sup>

Os fatores sociológicos e teóricos descritos apontam para, no mínimo, um claro desgaste dos fundamentos do modelo moderno e prenunciam, mesmo que ainda na penumbra, o ocaso do paradigma vigente e o raiar de um novo modelo, acerca do qual, no presente momento, só se pode cogitar no campo da especulação. Vejamo-lo.

### 3 O paradigma emergente

O paradigma que parece despontar em meio aos sinais de crise do paradigma em vigor, à falta de melhor designação, tem sido

<sup>33</sup> SANTOS, 2007. p.10.

<sup>34</sup> SANTOS, 2007. p.11.

<sup>35</sup> SANTOS, 2007. p.12-3.

<sup>36</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Martin Claret, 2001. p.48.

chamado pós-modernidade. Esse signo, contudo, está longe de traduzir as mais diversas e díspares leituras que têm sido feitas da crise e do modelo emergente. A relação entre o moderno e o pós-moderno é contraditória. Não é de ruptura total nem de linear continuidade. É uma relação de transição, com momentos de ruptura e momentos de continuidade e pode mesmo variar de período para período e de lugar para lugar.<sup>37</sup> A chamada pós-modernidade, assim, consiste num paradigma em construção.

Boaventura de Sousa Santos<sup>38</sup> dá notícia de algumas das tentativas de síntese até o momento apresentadas. Ilya Prigogine fala da “nova aliança” da metamorfose da ciência. Fritjof Capra fala do “taoísmo da física”. Eugene Wigner fala de “mudanças de segundo tipo”. Erich Jantsch fala do paradigma da auto-organização, enquanto Daniel Bell refere-se à sociedade pós-industrial e Habermas, à sociedade comunicativa. Cada pensador que tem se debruçado sobre a transição paradigmática procura fazer uma síntese dentro dos limites de sua própria perspectiva.

A dúvida a respeito do que isso possa representar está bem expressa nessa passagem de Harvey:

O pós-modernismo, por exemplo, representa uma ruptura radical com o modernismo ou é apenas uma revolta no interior deste último contra certa forma de “alto modernismo” representada, digamos, na arquitetura de Mies van der Rohe e nas superfícies vazias da pintura expressionista abstrata minimalista? Será o pós-modernismo um estilo [caso em que podemos razoavelmente apontar como seus precursores o dadaísmo, Nietzsche ou mesmo, como preferem Kroker e Cook (1986), as Confissões de Santo Agostinho, no século IV] ou devemos vê-lo estritamente como um conceito periodizador (caso no qual debatemos se ele surgiu nos anos 50, 60 ou 70)? Terá ele um potencial revolucionário em virtude de sua oposição a todas as formas de metanarrativa (incluindo o marxismo, o freudismo e todas as modalidades da razão iluminista) e da sua estreita atenção a “outros mundos” e “outras vozes” que há muito estavam silenciados (mulheres, gays, negros, povos colonizados com sua história própria)? Ou não passa da comercialização e domesticação do modernismo e de uma redução das aspirações já prejudicadas deste a um ecletismo de mercado “vale tudo”, marcado pelo *laissez-faire*? Portanto, ele solapa a política neoconservadora ou se integra a ela? E associamos a sua ascensão a alguma reestruturação radical do capital, à emergência de alguma sociedade de “pós-industrial” vendo-o até como a “arte de uma era

<sup>37</sup> SANTOS, 2007. p.13.

<sup>38</sup> SANTOS, 2007. p.13.

inflacionária” ou como a “lógica cultural do capitalismo avançado” (como Newman e Jameson propuseram)?<sup>39</sup>

No que toca ao plano sócio-político, as especulações são tantas e tão controversas que a riqueza e profundidade do debate extravasam os limites e possibilidades deste pequeno excursus. Basta, por aqui, apenas apontar que a transição paradigmática tem sido compreendida por dois modos antagônicos.

No primeiro, estão os que pensam que as promessas da modernidade não foram e não podem ser satisfeitas, e que desde o momento em que a modernidade se reduziu às possibilidades do capitalismo, as promessas que objetivavam a emancipação da condição humana não podem ser cumpridas pelos mecanismos da modernidade. É o que Boaventura designa pós-modernidade “inquietante” ou “de oposição”.

Na segunda versão, estão aqueles que pensam que o que está em crise final é justamente a ideia moderna de que há promessas ou objetivos trans-históricos a cumprir e, além, a ideia também moderna de que o capitalismo pode ser um obstáculo à realização de algo que o transcende. Nessa perspectiva, as sociedades não têm de cumprir nada que está para além delas e suas práticas não podem ser avaliadas pelo que não são. Isso Boaventura designa pós-modernidade “reconfortante” ou “de celebração.”<sup>40</sup>

É a primeira vertente a que se alinha aquele pensador luso, que a defende tanto na seara das perspectivas sócio-políticas quanto no domínio das perspectivas epistemológicas. Para ele, os dois domínios estão umbilicalmente imbricados. Havendo na presente transição paradigmática uma revolução científica que ocorre no seio de uma sociedade ela própria transformada pela ciência, já não basta a emergência de um novo modelo de racionalidade.<sup>41</sup> Esse modelo renovado deve se colocar a serviço de uma renovada transformação social, cujo escopo é a satisfação daquilo que a modernidade prometeu e não cumpriu. Nisto repousa aquilo que Boaventura denomina “um conhecimento prudente para uma vida decente”.

A perspectiva pós-moderna de Boaventura de Sousa Santos é uma entre muitos pontos de vista de pensadores diversos. Parte-se, aqui, da premissa de que se cuida de uma perspectiva possível e, como tal, idônea a fomentar e estimular especulações racionais sobre o futuro, meios e fins da produção do conhecimento humano. Por assim ser, este tópico final se servirá das quatro teses formuladas pelo pensador lusíada em seu *Discurso*, a fim de explorar as

<sup>39</sup> HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 12.ed. São Paulo: Editora Loyola, 2003. p.3-4.

<sup>40</sup> SANTOS, 1999. p.35.

<sup>41</sup> SANTOS, 2007. p.13.

possibilidades epistêmicas e metodológicas das ciências, em geral, e da produção do conhecimento jurídico, em particular.

### 3.1 “Todo conhecimento científico-natural é científico-social”

Através dessa postulação, Boaventura de Sousa Santos<sup>42</sup> sustenta que a distinção dicotômica entre ciências naturais e ciências sociais perdeu sentido e utilidade, à conta dos avanços na química, física e biologia, que têm posto em causa a distinção entre orgânico e inorgânico, entre seres vivos e inanimados e mesmo entre o humano e o não humano. Cai por terra a concepção mecanicista que contrapõe a natureza aos conceitos de ser humano, cultura e sociedade.

Nesse sentido, impende pôr em destaque a afirmação de Edgar Morin, para quem:

A ciência esta no âmago da sociedade e, embora bastante distinta dessa sociedade, é inseparável dela, isso significa que todas as ciências, incluindo as físicas e biológicas, são sociais. Mas não devemos esquecer que tudo aquilo que é antropológico tem uma origem, um enraizamento e um componente biofísico.<sup>43</sup>

O novo paradigma, dessarte, tende a superar as concepções dualistas de natureza/cultura, observador/observado, subjetivo/objetivo, animal/pessoa e assim em diante. Sustenta ainda que a superação da dicotomia ciências naturais/ciências sociais há de se operar tendo as últimas como pólo de atração ou parâmetro de ordem, já que modelos explicativos das ciências sociais vêm servindo de base para o desenvolvimento das ciências naturais. Na medida em que as ciências naturais se aproximam das sociais, estas se aproximam das chamadas humanidades, outrora banidas do reino da racionalidade moderna. Tende-se a revalorizar os estudos humanísticos, que de modo geral resistiram à separação entre sujeito e objeto. Essa revalorização recoloca a pessoa, como sujeito e autor do mundo, no centro do conhecimento.<sup>44</sup>

### 3.2 “Todo conhecimento é local e total”

Aqui, Boaventura de Sousa Santos<sup>45</sup> aponta que, na ciência moderna, o conhecimento avança na medida de sua especialização. O conhecimento adquire rigor à razão direta da restrição do seu objeto de estudo. No paradigma vigente, as disciplinas são estan-

<sup>42</sup> SANTOS, 2007. p.13.

<sup>43</sup> MORIN, 2001. p.20.

<sup>44</sup> SANTOS, 2007. p.13-6.

<sup>45</sup> SANTOS, 2007. p.17.

ques, compartimentalizadas, segregadas e tendem à não comunicação. Isso gera efeitos deletérios sobre o conhecimento, pois enseja uma captação distorcida do real. Daí a feliz assertiva de Boaventura segundo a qual “a excessiva parcelização e disciplinarização do saber científico faz do cientista um ignorante especializado”.

Cuida-se de um efeito sentido em todos os campos científicos e com o Direito não ocorreu de forma diversa. Tem-se assistido ao crescimento vertiginoso de novos “ramos” do Direito, que promovem excessiva e desnecessária especialização do conhecimento e acarretam prejuízo ao aprendizado e mesmo à aplicação do todo do fenômeno jurídico.

Exemplo emblemático é o chamado Direito Notarial e Registral, referente a práticas da Administração Pública que poderiam estar perfeitamente albergadas na regulação do Direito Administrativo, mas que surge como disciplina num contexto de comportamento estatal cartorial e burocrático, que já deveria ter sido banido, sobretudo, da administração da justiça. Calha apresentar, nesse sentido, justa crítica formulada por Mello, que assevera:

Assim, por exemplo, com o advento de um capitalismo mais agressivamente competitivo, fomentador de novos negócios e oportunidades profissionais, compreende-se que a afirmação da autonomia de um dado segmento jurídico propicia a edição de livros, insufla a criação de disciplinas nas faculdades, quando não até a criação nelas de departamentos com sua coorte de professores [...], de cursos de especialização, de seminários, etc. Dessarte, o surgimento de ‘ramos autônomos’ instaura novos mercados, conquistas consumidores, atrai uma clientela seduzida por ‘novidades’, insinua uma ‘atualização’ e abre espaço para profissionais que permaneceriam completamente obscuros enquanto alocados na esfera de uma ciência mais ampla e que se projetam na qualidade de ‘especialistas’ de algum novo ramo, cuja autonomia, então, defendem com muita energia.<sup>46</sup>

É o efeito de uma das contradições internas do capitalismo, que quer tratar como mercadoria aquilo que não foi produzido como tal. Na iminência de uma crise de produção, o capitalismo regenera-se pela busca da expansão de mercados e, para tanto, capitaliza, absorve e destrói até as suas próprias condições de produção, como o meio ambiente, o corpo humano, a força de trabalho, e também a ciência.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.36.

<sup>47</sup> SANTOS, 2007. p.44.

Ao revés, no paradigma emergente, o conhecimento se pretende total. Avultam aí a interdisciplinaridade, como coordenação de disciplinas conexas; a multidisciplinaridade, como cooperação entre diversos ramos científicos; e especialmente a transdisciplinaridade, isto é, produção de uma teoria única a partir de campos de conhecimento antes conhecidos como autônomos, como tendência metodológica que emerge com mais força.<sup>48</sup>

Mas o conhecimento, no paradigma novo, também é local, pois valoriza a criação e aplicação de conhecimento por e para realidades locais, adaptados a grupos sociais concretos e em redor dos temas e projetos de vida locais.<sup>49</sup> Cai, assim, um inestimável valor moderno: a pretensão de universalidade da sua razão.

### 3.3 “Todo conhecimento é autoconhecimento”

Segundo esta proposição, não mais existe a distinção dicotômica rígida entre sujeito e objeto. Um conhecimento compreensivo, íntimo, que relaciona a pessoa do pesquisador ao que é estudado, torna o objeto uma continuação do sujeito.

Edgard Morin afirma que o sociólogo deve questionar-se constantemente como pode compreender uma sociedade de que já faz parte, e arremata:

A partir daí, começa a necessária auto – relativização do observador, que pergunta ‘quem sou eu?’, ‘onde estou eu?’. O eu que surge aqui é o eu modesto que descobre ser o seu ponto de vista, necessariamente, parcial e relativo. Assim, vemos que o próprio progresso do conhecimento científico exige que o observador se inclua em sua observação, o que concebe em sua concepção; em suma, que o sujeito se reintroduza de forma autocrítica e auto-reflexiva em seu conhecimentos dos objetos.<sup>50</sup>

Demais, Morin,<sup>51</sup> com supedâneo no pensamento de Popper, defende que a objetividade é o resultado de um processo crítico e consensual desenvolvido pela comunidade científica, num jogo em que ela assume plenamente as regras. A objetividade não é uma qualidade individual do pesquisador. Sozinho, mesmo um prêmio Nobel está sujeito às suas paixões, inclinações e tendências. Em outro lugar, Morin, aduz que “o conhecimento não é um espelho das coisas ou do mundo externo,”<sup>52</sup> sendo certo que “todas as percep-

<sup>48</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) Pensando a pesquisa jurídica**. 2.ed. rev., ampl.e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.8.

<sup>49</sup> SANTOS, 2007. p.22.

<sup>50</sup> MORIN, 2001. p.29-30.

<sup>51</sup> MORIN, 2001. p.42.

<sup>52</sup> MORIN, 2001. p.20.

ções são, ao mesmo tempo, traduções e reconstruções cerebrais com base em estímulos e sinais captados e codificados pelos sentidos”.

Se a ideia moderna de objetividade já se mostra inaplicável às ciências em geral, muito mais assim acontece na produção do conhecimento jurídico, onde as interferências ideológicas se impõem com destacada intensidade.<sup>53</sup>

### 3.4 “Todo o conhecimento científico visa constituir-se em senso comum”

Conforme apontado anteriormente, a racionalidade científica moderna banuiu o senso comum como modo de apreensão do real, assim como o fez em relação a formas outras de conhecimento. Boaventura de Sousa Santos<sup>54</sup> sustenta que não é possível pretender opor o senso comum à ciência como quem opõe as trevas à luz. Assevera que, se é certo que o senso comum é o modo como grupos subordinados vivem em sua subordinação, é certo também que essa vivência, longe de constituir acomodação, contém sentidos de resistência, de luta e de busca de transformação do real, mesmo de forma limitada aos horizontes delineados por essa forma de conhecimento. Foi o que o pensador luso constatou como senso comum jurídico entre os habitantes de favelas do Rio de Janeiro, através de suas pesquisas naquelas comunidades.

Gadamer criticou a Hermenêutica do século XIX por haver negligenciado o papel dos preconceitos ou pré-juízos no processo de compreensão. Se os preconceitos são parte do ser e da historicidade do pesquisador, não podem ser reputados simplesmente cegos, infundados ou negativos, pois são eles quem capacitam o cientista a agir e lhe abrem à experiência a compreensão do estar no mundo.

Com efeito, o modo tradicional de interpretação do Direito está assentado sobre um modelo de racionalidade científica que se propôs a expulsar todas as “interferências” que pudessem se interpor entre o sujeito e o objeto. A racionalidade moderna, desde Descartes e Bacon, pretendia alcançar a verdade somente através da razão humana, através da qual o homem tudo poderia bem conhecer se evitasse um conhecimento prévio vulgar, o qual impedia o alcance pleno do sentido do ente.

Esse modelo ensinou a construção de uma Hermenêutica que passou a rejeitar o papel dos conceitos pré-constituídos no processo de interpretação, até que a nova Hermenêutica filosófica veio resgatar e reconstruir o papel dos preconceitos na experiên-

<sup>53</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4.ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p.62-6.

<sup>54</sup> SANTOS, 1989. p.37-8.

cia humana em geral e do intérprete e aplicador do Direito em particular.

O novo paradigma linguístico do pensamento filosófico rompe com a dicotomia sujeito-objeto própria da tradição metafísica clássica, que alternava ora no sujeito, ora no objeto, de modo que, a partir dele, não mais se compreende a linguagem como uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto. Sendo assim, o sujeito, no seu labor interpretativo, somente pode interpretar a partir dos pré-juízos ou pré-conceitos que compõem seu patrimônio cultural, filosófico, ideológico, político, religioso, jurídico e estético, ou seja, o seu *estar-no-mundo*.

Não por outra razão, Gadamer sustenta que a interpretação da norma jurídica é uma tarefa produtiva, criativa, e não meramente reprodutiva de sentido, e nem assim o pode ser. O intérprete não pode apreender o conteúdo da norma de um ponto de vista situado fora de sua existência histórica, mas somente a partir da situação histórica concreta na qual se situa, para o que concorrerão fortemente, como elementos da pré-compreensão, a autoridade e a tradição, que embora banidas pela racionalidade moderna de matriz cartesiana, são resgatadas por Gadamer como elementos essenciais da fusão de horizontes que ocorre no encontro entre o sujeito e o objeto linguisticamente mediado.

Essa postura de abertura do intérprete, no entanto, não equivale a uma suposta neutralidade diante do objeto ou anulação absoluta dos próprios juízos prévios. O que vale é dar-se conta dos próprios preconceitos, apropriar-se deles, a fim de conscientemente confrontá-los com o sentido do texto. É a aceitação desse caráter essencialmente preconceituoso da compreensão que apresenta e expõe a amplitude do problema.<sup>55</sup>

A partir da ideia heideggeriana de círculo hermenêutico, Gadamer afirma que o compreender é dotado de um movimento circular: a antecipação de sentido que remete ao todo somente chega a uma compreensão explícita na medida em que as partes que se determinam desde o todo, por sua vez, determinam o todo. Compreender significa, primariamente, entende-se na coisa e apenas secundariamente destacar e compreender a opinião do outro como tal.

Depreende-se, pois, da perspectiva gadameriana, que os preconceitos, pré-noções, juízos prévios ou ideologia não devem ser temidos, disfarçados ou ocultados, pois representam elementos essenciais do processo de compreensão. Sustenta, pois, Gadamer que:

<sup>55</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 7.ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005. Tradução de Flávio Paulo Meurer. p.360.



Uma compreensão guiada por uma consciência metodológica procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta a partir das próprias coisas. [...] São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição.<sup>56</sup>

Para Boaventura Santos,<sup>57</sup> o senso comum possui virtudes emancipatórias. O conhecimento científico pós-moderno só se realiza na medida em que visa se constituir em senso comum. O objetivo existencial da ciência está fora dela, e passa a consistir na busca da democratização e aprofundamento da sabedoria prática, a *phronesis* aristotélica, o hábito de decidir e viver bem.<sup>58</sup>

Senso comum e conhecimento científico devem se interpenetrar para resultar em sabedoria prática de vida, uma prudência que possa orientar o ser humano em seus afazeres, desde a hora em que acorda até quando se recolhe ao leito, além de conduzir a humanidade em sua dimensão coletiva.

Essa dimensão do novo paradigma tem efeitos diretos sobre os fins e os métodos da ciência jurídica. O Direito como ciência busca a criação das condições de uma tecnologia de decidibilidade de conflitos.<sup>59</sup> Para tanto, outrora o positivismo jurídico reduziu o método do Direito ao raciocínio dedutivo-silogístico. Dado que a lógica formal não se mostrou suficiente para resolver inúmeras aporias criadas pelos interesses e bens em colisão, outros métodos vieram à tona, como resgate da tópica por Theodore Viehweg, que por sua vez impulsionou as reflexões de Perelman quanto à utilidade da argumentação no discurso jurídico e ao papel do método dialético.

Todavia, o modelo de racionalidade emergente permite mais do que nunca uma pluralidade de métodos na ciência jurídica. O raciocínio não é necessariamente dedutivo ou necessariamente dialético. Pode-se valer de ambos no âmbito da técnica de decisão de conflitos. Feyerabend,<sup>60</sup> em sua linha de anarquismo metodológico, aduz que “mais especificamente, pode-se mostrar o seguinte: dada qualquer regra, não importa quão ‘fundamental’ ou ‘racional’, sempre há circunstâncias em que é aconselhável não apenas ignorá-la, mas adotar a regra oposta”.

<sup>56</sup> GADAMER, 2005. P.359.

<sup>57</sup> SANTOS, 2007. p.21.

<sup>58</sup> SANTOS, 2007. p.29.

<sup>59</sup> FERRAZ JUNIOR, 1980. p.44.

<sup>60</sup> FEYERABEND, Paul K. **Contra o método**. São Paulo: Editora UNESP, 2007. p.37-8. Tradução Cezar Augusto Mortari.

Mas o conhecimento jurídico não pode cingir-se ao papel regulador de decidibilidade de conflitos. Deve possuir, além, um papel transformador do real, um papel de emancipação da condição humana, para o que se faz imprescindível a constante perseguição da conversão do conhecimento científico jurídico em senso comum, isto é, um conhecimento normal, uma prudência que inculque em cada pessoa a consciência espontânea de que determinada conduta o vincula juridicamente, ou ainda a consciência espontânea do dever jurídico, o que não se faz, nos marcos da racionalidade emergente, de cima para baixo, do Estado para o indivíduo, mas através de uma relação dinâmica entre o horizontal e o vertical.

## Conclusão

Não se tem qualquer certeza sobre o futuro que o paradigma emergente está a desenhar. Qualquer que seja ele, certamente há um lugar para o Direito, tanto no seu papel regulador como no seu papel de emancipação da condição humana.

As especulações sobre crise da modernidade e advento de uma pós-modernidade, entretanto, devem ser consideradas com a maior medida possível de prevenção. Muito do que se propugna sobre pós-modernidade pode não passar de mera verborragia intelectual.<sup>61</sup>

Mesmo diante das incertezas e perplexidades, é possível ter por certo que a compreensão do Direito como prudência de vida é essencial para a realização do projeto moderno naquilo que ele deixou de cumprir, mesmo no contexto de emergência de um novo modelo. O paradigma pós-moderno, o que quer que ele venha a se tornar ou concretizar no futuro, certamente não deverá se afastar dos objetivos que cada homem tem buscado através da História, ainda que pelos mais tortuosos e díspares meios: a felicidade da pessoa humana e a dignidade do seu modo de viver.

<sup>61</sup> Nesse sentido, é de se observar o curioso caso do físico Alan Sokal. Em 1996, Alan Sokal submeteu a uma conceituada revista norte-americana chamada *Social Text*, conhecida por ser um dos principais veículos de difusão das ideias “pós-modernas”, um artigo com um nome bastante sugestivo e pomposo: Transgredindo as fronteiras: em direção a uma hermenêutica transformativa da gravitação quântica. Como o texto cumpria as exigências metodológicas da revista e se enquadrava na sua orientação científica, o conselho editorial autorizou a sua publicação. Pouco depois, Sokal enviava novo artigo para ser publicado pela *Social Text*, com o título Transgredindo as fronteiras: um posfácio. O artigo foi imediatamente rejeitado, sob alegação de que ele “não atendia aos padrões intelectuais” da revista. Mas o verdadeiro motivo era que, neste segundo texto, Sokal revelava que seu artigo anterior, não passava de uma paródia, uma caricatura da produção teórica daqueles que ele reúne sob o nome de “pós-modernos” e que estava eivado de imprecisões científicas, frases sem sentido, colagem desconexa de ideias e defesa exa-

## Referências

- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. Tradução de Roberto Raposo.
- DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Trad. Enrico Corvisieri. Disponível em: <<http://www.eduardostefani.eti.br/bennett/filosofia/discurso-metodo.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2007.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, dominação e decisão. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FEYERABEND, Paul K. **Contra o método**. São Paulo: Editora UNESP, 2007. Tradução Cezar Augusto Mortari.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 7.ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005. Tradução de Flávio Paulo Meurer.
- GUERRIEL, Maurício Abdalla. **Episteme**. Porto Alegre, n. 12, p.113-38, jan./jun. 2001.
- GOULD, Stephen Jay. **A falsa medida do homem**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) Pensando a pesquisa jurídica**. 2.ed. rev., ampl.e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 12.ed. São Paulo: Editora Loyola, 2003.

---

cerbada do relativismo, a ponto de negar a própria existência de uma realidade externa ao sujeito. Assim dizia Sokal neste último texto: “[...] meu artigo é uma mistura de verdades, meias verdades, um quarto de verdades, falsidades, falácias, e sentenças que, embora sintaticamente corretas, não têm, em absoluto, nenhum sentido. [...] Empreguei também algumas estratégias que são consagradas [...] no gênero: apelo à autoridade em lugar da lógica; teorias especulativas que passam por ciência estabelecida; analogias forçadas e até absurdas; retórica que soa bem mas cujo sentido é ambíguo; e confusão entre o sentido técnico e o corriqueiro das palavras”. A polêmica tomou conta do mundo. E não só do mundo acadêmico e intelectual. O fato foi parar na primeira página do periódico estadunidense New York Times, no inglês Observer e no francês Le Monde (entre outros). Não havia melhor forma de pôr em xeque uma certa tendência intelectual, cada vez mais na moda nos últimos tempos, e cujos representantes vêm influenciando cada vez mais a intelectualidade que se pretende mais moderna que a modernidade. Os objetivos de Sokal eram dois, o segundo sendo decorrência do primeiro: 1) combater o relativismo exacerbado que grassa por quase toda reflexão dos teóricos chamados “pós-modernos” e 2) denunciar o uso despropositado, pavoneado, inoportuno e equivocado das ciências naturais (em particular da física) e da matemática, evocadas para dar sustentabilidade (e muitas vezes pompa) às suas teses relativistas e outras proposições.

KARL, Popper Raymund. **Lógica das Ciências Sociais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 5.ed. rev. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória.

\_\_\_\_\_. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4.ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós – moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

\_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós – modernidade**. 5.ed. São Paulo: Cortez, 1999.

\_\_\_\_\_. **Um discurso sobre as ciências**. Disponível em: <<http://docentes.puccampinas.edu.br/ceatec/davidb/abertura/METODOLOGIA/DiscursoCiencias.pdf>> Acesso em: 12 mar. 2007.

# O papel do direito no controle social de políticas públicas

**Alaim Giovani Fortes Stefanello**

*Advogado da Caixa no Paraná*

*Doutorando em Direito Socioambiental pela PUC/PR*

*Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do*

*Estado do Amazonas-UEA*

*Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela*

*FADIVALE/MG*

## RESUMO

O direito tem focado atenção cada vez maior para o tema políticas públicas. Com a elevação de inúmeros direitos sociais ao nível constitucional, a sociedade começou a ter mais instrumentos de fiscalização e controle destas políticas públicas, exigindo da ciência jurídica um novo olhar sobre o assunto. Neste contexto, surgem novas possibilidades do exercício direto da democracia, a exemplo dos Conselhos de Participação Popular. De igual forma, o Ministério Público teve seu campo de atuação ampliado, podendo atuar na realização dos direitos sociais por meio das políticas públicas previstas na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Direito Constitucional. Democracia.

## ABSTRACT

The law has focused increasing attention to the topic of public policy. With the rise of many social rights at constitutional level, the society began to have more tools for monitoring and controlling these policies, the legal science requiring a new look about the subject. *In* this context, see new possibilities of direct exercise of democracy, like the Councils of Popular Participation. Similarly, the prosecutor had their field expanded, and can operate *in* the achievement of social rights through public policy *in* the Constitution of 1988.

Keywords: Public Policy. Law Constitutional. Democracy.

## Introdução

As políticas públicas constituem-se em relevantes instrumentos de efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, de singular importância pela sua abrangência e destinatários, qual sejam, os interesses da coletividade.

A constitucionalização de direitos ocorrida no Brasil trouxe consigo a problemática jurídica da falta de efetividade de algumas normas, cujo desafio tem especial contorno quando o assunto trata de políticas públicas, cuja finalidade maior não pode ser outra se não a concretização do Estado de Bem Estar Social.

Neste contexto, emerge a necessidade de fortalecimento da democracia para garantir transparência e participação popular no controle social das políticas públicas, fenômeno que tem crescido com a criação de novas possibilidades de inclusão da sociedade nas decisões em âmbito municipal, estadual e nacional.

Algumas destas possibilidades e formas de controle social serão analisadas no presente trabalho, a exemplo dos conselhos de políticas públicas e o orçamento participativo.

De igual forma, o referendo, o plebiscito, e a iniciativa popular de lei e a Comissão de Legislação Participativa também serão alvo do nosso estudo, por serem instrumentos de participação popular na tomada de decisões de interesse público, bem como na própria formulação de políticas públicas.

A atuação do Ministério Público na fiscalização das políticas públicas, e a forma como o direito entende e reconhece tais políticas, com especial enfoque para as políticas públicas ambientais, também será objeto de interesse do presente artigo.

## **1 Democracia e participação popular como formas de controle social**

A expressão controle social denota pelo menos dois sentidos em direção diametralmente opostas. O primeiro designa o domínio do Estado sobre a sociedade, ou seja, as instituições estatais no comando e controle da sociedade. O segundo sentido significa a sociedade fiscalizando e controlando as atividades estatais, buscando conferir transparência na atuação do Estado.

Acerca da primeira acepção da expressão controle social, exercida pelo Estado, segundo Bittencourt, tal modelo possui como função, dentre outras, a manutenção da ordem e o funcionamento da sociedade, utilizando-se de uma pressão social de constrangimento dos indivíduos exercido historicamente por vários grupos: o *pater famílias*, o sacerdote, o patrão, o rei, etc.<sup>1</sup>

A segunda concepção da expressão controle social, ainda de acordo com o autor citado, possui sentido totalmente oposto, caracterizando-se pela participação popular em instâncias do aparelho do Estado, órgãos, agências ou serviços públicos responsáveis pelas políticas públicas, de forma a tornar-se instrumento de con-

---

<sup>1</sup> BITTENCOURT, p.48.

trole para que haja eficácia dos direitos sociais e princípios democráticos constitucionais.<sup>2</sup>

O presente artigo trabalhará com a segunda conotação ideológica aqui apresentada da expressão citada, que parte do ponto de vista do controle social enquanto ato de cidadania e democracia por meio da participação popular nas diferentes esferas de governo.

Assim, pode-se falar em várias formas de controle social de políticas públicas, como, por exemplo, a fiscalização por meio de Organizações Não Governamentais, a participação dos cidadãos em Conselhos de políticas públicas específicas, bem como a atuação do Ministério Público e dos Tribunais de Contas durante a formulação, planejamento, execução e controle dos programas, etc.

A democracia e seu fortalecimento favorecem e propiciam a participação popular em todas as fases que envolvem o ciclo de políticas públicas, mas tem especial destaque no controle da sua execução, ao verificar a destinação correta dos recursos, a observância das finalidades dos programas sociais e os seus beneficiários finais.

A participação social no acompanhamento das políticas públicas, contudo, não acontece na proporção da importância que o tema possui. A decepção com os políticos ocupantes de cargos eletivos, de uma forma geral, bem como as preocupações com o desemprego e a manutenção da própria família, afasta a população da vida política do país, justamente quando deveria ocorrer o fenômeno inverso, ou seja, aumentar a participação para mudar essa realidade social.

De igual forma, a sensação de impunidade diante dos constantes escândalos sem solução acaba por gerar um estado de apatia e descrença social nas instituições públicas, quando, na verdade, deveria causar uma maior mobilização, participação e fiscalização em todos os atos de governo, efetivamente fortalecendo a democracia.

Democracia, aliás, é uma palavra de origem grega que significa governo do povo - *demos*: povo; *cracia*: governo. Ou seja, é o poder de governar ou, ainda, a forma de governo compartilhada entre o povo e destinado ao povo, nos moldes ideológicos do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988: "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Para Bobbio, um modo de se conseguir consenso quando se define democracia é entendê-la como contraposição às formas de governo autocráticas. Pode-se entendê-la como um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões

---

<sup>2</sup> BITTENCOURT, p.49.

coletivas e com quais procedimentos. No regime democrático, o poder decisório é atribuído a um número muito elevado de membros do grupo.<sup>3</sup>

A forma de exercício do poder, como regra, ocorre por meio de representantes eleitos. No entanto, como visto no texto constitucional de 1988, existem formas de exercício do poder de modo direto pelo povo, a exemplo da participação nos conselhos e comissões públicas.

Assim, por exemplo, a implementação e formulação de ações e políticas públicas da saúde deve ter como diretriz a participação direta da comunidade, a exemplo do que institui o artigo 198, inciso III da Constituição.

As falhas dos mandatários no exercício do poder por meio da democracia representativa ensejam o aperfeiçoamento dos outros instrumentos democráticos de participação popular direta na gestão de políticas públicas.

O desafio, portanto, constitui-se num duplo vértice: de um lado é necessário aperfeiçoar efetivamente as possibilidades de participação social no comando decisório das Cidades, Estados e País. De outro lado, contudo, se faz necessário maior esclarecimento acerca das formas de participação democrática direta que já existem, mas são desconhecidas e não despertam o interesse para que a população faça parte delas.

## 1.1 Os conselhos colegiados de políticas públicas

A participação social nos diferentes conselhos e comitês públicos se traduz numa real forma de fiscalização e controle das políticas públicas, constituindo-se instrumento de descentralização de poder que é compartilhado com a sociedade.

Para Teixeira, no Brasil, os conselhos têm origem em experiências de caráter informal sustentadas por movimentos sociais, no formato de conselho popular, ou, ainda, como estratégias de luta operária, alternativas à inércia e ao comprometimento dos sindicatos oficiais, na forma de Comissões de Fábrica. Estas experiências são absorvidas pela Constituição como princípio da participação comunitária, e geram posteriormente leis que institucionalizam os Conselhos de Políticas Públicas.<sup>4</sup>

O autor destaca que os formatos dos Conselhos brasileiros variam conforme estejam vinculados à implementação de ações focalizadas, através de diferentes conselhos gestores de programas governamentais. Há também os conselhos temáticos, envolvidos não ape-

<sup>3</sup> BOBBIO, 1986. p.18.

<sup>4</sup> TEIXEIRA, 2000. p.101.



nas com políticas públicas, mas com temas transversais que permeiam os direitos da sociedade, destacando-se os Conselhos de Desenvolvimento Municipal e Conselho de Desenvolvimento Urbano.<sup>5</sup>

Os Conselhos são frutos de conquistas da sociedade, sinônimos de lutas e participação popular na disputa por maior espaço, transparência e controle nas políticas públicas implementadas pelo poder público, em especial no processo constituinte.

Pode-se ressaltar a previsão constitucional da democracia participativa do cidadão, a exemplo da gestão democrática do ensino público (artigos 205 e 206, VI) e o caráter democrático e descentralizado na administração da seguridade social (artigo 194, VII).

O grande desafio, porém, é a efetividade de funcionamento e decisões dos Conselhos, principalmente em razão do desconhecimento por parte da sociedade sobre a própria existência destes Conselhos e a consequente participação reduzida da população.

Mesmo sendo relevante instrumento de democratização da gestão, ainda se faz necessário aumentar seu poder decisório na destinação dos recursos públicos e na implantação das políticas de interesse local da sociedade, conferindo-lhe maior efetividade.

De acordo com o Instituto Pólis, considerando que a função dos Conselhos é formular e coordenar a implementação de políticas públicas definidas, a primeira questão é sobre o procedimento para a sua criação. Para a administração pública ser obrigada a executar as decisões do Conselho, a sua criação deve se dar por meio de lei, estabelecendo suas competências e as matérias objeto de deliberação, de forma a evitar conflitos de atividades com os outros órgãos da administração pública.<sup>6</sup>

Observa-se, então, a relevância da forma jurídica como os Conselhos são estabelecidos, de maneira a vincular a administração pública aos seus preceitos e finalidades de participação popular, independente da vontade do mandatário que tenha sido eleito, evitando qualquer tipo de subordinação direta aos interesses dos governantes.

Neste sentido, Perez afirma que conselhos, comissões e comitês participativos, audiência e consulta pública, orçamento participativo, referendo e plebiscito são referências de instrumentos concretos da participação da sociedade na administração das questões de interesse público.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> TEIXEIRA, 2000. p.101.

<sup>6</sup> PÓLIS, 2002. p.206.

<sup>7</sup> PEREZ, 2006. p.165.

## 1.2 O orçamento participativo

O modelo de orçamento participativo oriundo do Rio Grande do Sul sempre é lembrado quando se fala em inclusão democrática e participativa da sociedade no uso e destinação dos recursos públicos.

Magalhães destaca que o Brasil possui uma experiência muito importante de democracia participativa, que se iniciou com o primeiro orçamento participativo municipal implementado pelo PSB em Pelotas, Rio Grande do Sul, sendo depois levada para Porto Alegre. O orçamento participativo é um importante mecanismo de democracia direta e de participação do cidadão na construção da democracia local do Brasil.<sup>8</sup>

Contudo, foi na capital gaúcha que o orçamento ganhou fôlego, constituindo-se em verdadeira contraposição às formas dominantes de democracia representativa, mostrando-se como opção viável de exercício de democracia direta.

Nas palavras de Souza, o orçamento participativo é um exemplo de reação. De Seattle ou Praga a Porto Alegre, das críticas à globalização capitalista até a experiência de orçamento participativo da capital gaúcha, pode-se dizer que “o ar da cidade, às vezes, ainda liberta”. A palavra ágora aparece aqui como um ideal, correspondente à pólis, à cidadania plena e liberdade efetiva garantida por instituições democráticas.<sup>9</sup>

A possibilidade da população local definir qual será a prioridade do seu bairro ou da sua localidade, incentiva que a sociedade se organize para defender seus interesses de acordo com suas reais necessidades.

## 1.3 Comissão de legislação participativa

Whitaker destaca que uma alternativa às dificuldades de tramitação do projeto de lei de iniciativa popular foi viabilizada em 2001 pelo então presidente da Câmara dos Deputados, Aécio Neves, criando a Comissão de Legislação Participativa como uma nova Comissão Permanente da Casa. Tal Comissão recebe sugestões legislativas apresentadas por entidades, associações, órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, exceto partidos políticos.

Instalada em agosto do mesmo ano, a comissão recebeu até o final do seu primeiro ano de funcionamento 24 sugestões. Ao final de 2002 já havia recebido outras 50 sugestões. A comissão simplifi-

---

<sup>8</sup> MAGALHÃES, 2004.

<sup>9</sup> SOUZA, 2006. p.24.

cou bastante o processo e criou a possibilidade efetiva de qualquer grupo organizado de cidadãos fazer chegar ao Congresso propostas de lei. A importância da comissão foi tanta que o modelo passou a integrar Câmaras de Vereadores, Assembléias Legislativas e o Senado Federal.<sup>10</sup>

As sugestões legislativas enviadas à Comissão vão desde propostas de leis complementares e ordinárias, até sugestões de emendas ao Plano Plurianual (PPA) e à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

O grande destaque dessa possibilidade de participação social é a forma direta como as entidades sociais podem levar suas propostas de lei ao Congresso Nacional, sem necessidade de obter milhares de assinaturas em diferentes Estados.

#### **1.4 O referendo, plebiscito e iniciativa popular de lei como instrumentos democráticos de participação e controle social**

O plebiscito e o referendo, e a iniciativa popular de lei estão previstos no artigo 14 da Constituição, no capítulo dos direitos políticos. Constituem-se instrumentos democráticos cuja finalidade precípua é a participação social em assuntos de interesse da coletividade, sendo de competência exclusiva do Congresso sua convocação, na forma do artigo 49, inciso XV.

Porém, como ressalta Whitaker, a falta de possibilidade de convocação pelo próprio povo praticamente anula a participação direta honrosamente prevista no parágrafo único do primeiro artigo da Constituição. Não existindo a possibilidade de convocação do referente ou plebiscito pelo próprio povo, este poderá, no máximo, apresentar ao Congresso Nacional um projeto de iniciativa popular de lei, o qual passará por toda tramitação normal dos demais projetos.<sup>11</sup>

Nada impede, contudo, que os Estados e Municípios legislem sobre o referendo e o plebiscito de forma suplementar, para definir assuntos estaduais ou municipais de interesse da população, conferindo maior efetividade aos instrumentos previstos no texto constitucional.

O Instituto Pólis destaca que o referendo tem o objetivo de ratificar ou regular matérias que já foram inicialmente decididas pelo poder público, como a aprovação ou rejeição de projetos de lei, podendo ser acionado sempre após a edição de atos normativos, para confirmar ou rejeitar normas aprovados pelo Poder Legislativo.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> WHITAKER, 2003. p.195 e 197.

<sup>11</sup> WHITAKER, 2003. p.188.

<sup>12</sup> PÓLIS, 2002. p.215.

Em relação à iniciativa popular de lei, Whitaker<sup>13</sup> destaca que depois que os congressistas perceberam o poder de mobilização para facilmente atingir 30 mil assinaturas de eleitores durante o processo constituinte para apresentar emendas populares, restou ao instituto somente um parágrafo do artigo que trata das iniciativas de lei, exigindo que deve ser subscrita por pelo menos 1% do eleitorado nacional, distribuídos em pelo menos cinco Estados da Federação, sendo pelo menos 0,3% dos eleitores de cada Estado.<sup>14</sup>

A iniciativa popular de lei também está prevista no artigo 43, inciso IV do Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001), como forma de gestão democrática da cidade, onde também estão previstos outros importantes instrumentos de participação popular, como debates, audiências e consultas públicas, conferências sobre assuntos de interesse urbano, além da constituição de órgãos colegiados de políticas públicas urbanas.

## **2 Conceito jurídico: o olhar do direito para as políticas públicas**

Faz-se necessário delinear juridicamente o que se entende por políticas públicas, uma vez que o tema não possui tradição de análise e de estudo pelo direito, o qual, felizmente, aos poucos e gradualmente vai se abrindo de forma transdisciplinar para os outros campos do conhecimento.

Nesse sentido, Bucci comenta que o estudo das políticas públicas é oriundo da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública, cujo campo de interesse ocorre nas relações entre a política e a ação do Poder Público, tendo sido tratado pela Ciência do Direito na Teoria do Estado, do Direito Constitucional, do Direito Administrativo ou do Direito Financeiro.<sup>15</sup>

Percebe-se, logo de início, a relevância para o direito do estudo, sob o viés jurídico, das políticas públicas, uma vez que, por constituir-se em objeto de análise, controle e revisão pelo Poder Judiciário, há que se consolidar o assunto como importante foco de interesse para a Ciência do Direito.

<sup>13</sup> WHITAKER, 2003.

<sup>14</sup> "Ao mesmo tempo em que se evitou a banalização do instrumento, praticamente o inviabilizaram. Após 14 anos, nenhum plebiscito ou referendo foi feito por iniciativa popular, e somente dois projetos de lei de iniciativa popular foram apresentadas ao Congresso. O primeiro, criando o Fundo Nacional de Moradia Popular foi apresentado em 10 de novembro de 1991 e continua esperando na pauta do Plenário da Câmara dos Deputados. Já o segundo foi apresentado em 10 de agosto de 1999 foi aprovado e transformado na lei 9.840/99 em 28 de setembro do mesmo ano, visando combater a corrupção eleitoral" (WHITAKER, 2003. p.188).

<sup>15</sup> Bucci, 2006. p.01.

O tema, porém, não é recente apenas para o direito. Melo, ao realizar uma análise de políticas públicas como campo disciplinar, comenta que o estudo de políticas públicas constitui-se em tradição intelectual de forte identidade norte-americana, onde passou a ser desenvolvida timidamente como subdisciplina nos departamentos de ciência política, sociologia, economia e administração pública, nas primeiras décadas do século passado.<sup>16</sup>

Apesar de relativamente incipiente na área jurídica, para Bucci o que mais tem despertado atenção dos estudiosos do direito no tema políticas públicas é justamente o seu controle judicial, da perspectiva da possibilidade e limites desse controle.<sup>17</sup>

A autora destaca que a atuação judicial nas políticas públicas, em princípio, seria imprópria, pois a sua formulação cabe, em regra, ao Poder Executivo dentro dos parâmetros definidos pelo Poder Legislativo. Contudo, o debate não poderia ser mais jurídico, pois diz respeito à implementação dos direitos sociais.<sup>18</sup>

Na opinião de Derani, as políticas são chamadas de públicas porque são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais. São políticas públicas porque empreendidas pelos agentes públicos competentes para tanto, tendo como destinatária a sociedade, razão pela qual a finalidade destas políticas precisará sempre ser conformada pelo direito.<sup>19</sup>

Para entender a amplitude e alcance do assunto, convém ressaltar políticas públicas como uma ação de intervenção na realidade social, como explica Draibe, para quem a política pública se desenvolve em esferas públicas da sociedade, não se restringindo apenas às políticas estatais ou de governo, podendo abarcar organizações não governamentais de qualquer tipo, sempre que presente o caráter público.<sup>20</sup>

Acerca da definição de políticas públicas, Appio entende que a mesma pode ser conceituada como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades a todos, objetivando a existência digna dos cidadãos. Em razão disso, o controle judicial das políticas públicas ocorre em razão das desigualdades sociais que fragmentam a sociedade.<sup>21</sup>

Na formulação de um conceito jurídico que contemplasse a importância do assunto para o direito, Bucci formulou a seguinte proposição:

<sup>16</sup> MELO, 1999. p.61.

<sup>17</sup> BUCCI, 2006. p.20.

<sup>18</sup> BUCCI, 2006. p.20.

<sup>19</sup> DERANI, 2002. p.239.

<sup>20</sup> DRAIBE, 2001. p.14.

<sup>21</sup> APPIO, 2009. p.136-7.

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados-processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial-visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.<sup>22</sup>

Destaca-se, pois, como relevante a conceituação de políticas públicas, que possuem um regime jurídico próprio, resultante da intervenção pública que objetiva a consecução de melhorias sociais de interesse da coletividade, cuja formulação, execução e acompanhamento devem estar em consonância com o ordenamento jurídico, uma vez que, independente da vontade política dos seus responsáveis, as políticas públicas sujeitam-se aos princípios constitucionais e legais.

Logo, entendida a importância do tema para o direito, bem como seus contornos jurídicos, impõem-se o estudo do papel do Ministério Público no controle social das políticas públicas por meio da “judicialização”<sup>23</sup> deste tema.

### 3 A atuação do Ministério Público

A Constituição Federal de 1988 alargou de forma significativa o papel do Ministério Público, ampliando as competências previstas na Lei 7.347/1985, especialmente na defesa dos direitos sociais, com ênfase para sua atuação institucional na promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, nos termos do artigo 129, inciso III, do texto constitucional.

<sup>22</sup> BUCCI, 2006. p.39.

<sup>23</sup> Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo-em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro (BARROSO, 2009, p.02).

Com a constitucionalização da Ação Civil Pública, já prevista na Lei 7.347/85, o Ministério Público passou a ter uma posição de destaque no controle de políticas públicas, utilizando-se do instrumento processual para atribuir responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Acerca do assunto, Hartmann comenta que os exemplos de atuação do Ministério Público em temas ambientais, seja na esfera judicial ou extrajudicial, indicam um caminho importante para a concretização da proteção do meio ambiente no país, bem como uma obrigação de agir em relação aos membros do Ministério Público. O Judiciário não pode elaborar políticas públicas, mas pode compelir o Poder Público a implementá-las, caso estejam previstas na Constituição. O Ministério Público pode e deve exigir o cumprimento de dever constitucional.<sup>24</sup>

Ainda, comentando a relevância do tema, para Furlan da Silva, pode se afirmar que tudo o que tem sido feito em matéria ambiental no Brasil hodiernamente, tanto preventiva quanto repressivamente, invariavelmente tem início em atos desencadeados pelo Ministério Público, pelas organizações não-governamentais, algumas fundações e uns poucos cidadãos ecologicamente conscientes. Atos que, de regra, tendem a passar pelo crivo do Poder Judiciário para que se tornem efetivos.<sup>25</sup>

Logo, percebe-se como fundamental a atuação Ministerial no controle das políticas públicas, enquanto ente fiscalizador e representante dos interesses difusos e coletivos da sociedade, de forma a conferir maior eficácia aos direitos sociais previstos na Constituição, por meio das políticas públicas previstas no texto constitucional.

#### **4 Políticas públicas ambientais**

No âmbito do direito ambiental, tem indubitável importância a Política Nacional do Meio Ambiente, instituída em 1981 pela Lei 6.938, que dispõe sobre as finalidades, mecanismos de formulação e aplicação da política pública ambiental, tendo por objetivos, dentre outros, a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar condições ao desenvolvimento sócio-econômico compatível com a preservação da qualidade do meio ambiente e a proteção da dignidade da vida humana.

Em termos de participação democrática e popular, tem especial relevo na Política Nacional do Meio Ambiente o CONAMA-Conselho Nacional do Meio Ambiente, que possui a finalidade de as-

<sup>24</sup> HARTMANN, 2009. p.55.

<sup>25</sup> FURLAN DA SILVA, 2006. p.58.

sensorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

O Conselho é um colegiado representativo de cinco setores composto por órgãos federais, estaduais e municipais, setor empresarial e sociedade civil, sendo que nesta última estão vinte e dois representantes de entidades de trabalhadores e da sociedade civil em geral.

A participação da sociedade civil e dos trabalhadores no CONAMA é vista de forma positiva pela comunidade jurídica e ambientalista, em que pese existirem problemas pontuais que não chegam a macular o intuito participativo do Conselho.

Assim, participam do Conselho diversas associações civis de defesa do meio ambiente representativas das diferentes regiões do país, representantes sindicais, representantes dos povos indígenas e das comunidades tradicionais, dentre outros.

Sobre o assunto, destaca-se a opinião de Hartmann, para quem, uma vez que a democracia representativa não possui uma resposta adequada ou suficiente para a igualdade jurídica pretendida pela sociedade, observa-se, felizmente, aumentar a participação direta da população em colegiados mais diversos, desde associações de bairro a conselhos de consumidores, comitês de bacias hidrográficas e órgãos regulamentares, com é o caso do CONAMA, passando ainda por experiências inovadoras de orçamentos participativos.<sup>26</sup>

A participação da sociedade em órgãos colegiados relacionados à defesa do meio ambiente é de grande significado, uma vez que, além de contribuir na preservação ambiental e na qualidade de vida das presentes e futuras gerações, também está traduzindo o sentido do mandamento constitucional do artigo 225, que impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de preservar e defender o meio ambiente.

Outro aspecto relevante da Política Nacional de Meio Ambiente, apesar de bastante polêmico, é a definição legal de meio ambiente. O legislador definiu meio ambiente na Lei nº. 6.938/81 como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que abriga todas as formas de vida.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> HARTMANN, 2009. p.44.

<sup>27</sup> Art. 3º: Para os 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. BRASIL. Presidência da República. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.



A definição de meio ambiente, contudo, tem gerado polêmica na teoria do direito. O fato de o legislador conceituar algo de magnitude tão complexa e diretamente relacionado a todas as formas existentes de vida implica na consequente redução da complexidade traduzida pela realidade, ou, no mínimo, uma delimitação com tentativa de estabelecer fronteiras definidas num assunto cujos contornos não admitem limites.

De qualquer forma, ainda acerca da definição<sup>28</sup> do tema, Silva<sup>29</sup> e Fiorilo<sup>30</sup> entendem que a expressão meio ambiente é redundante, em razão de ambiente já trazer em seu conteúdo a idéia de âmbito que circunda, sendo desnecessária a complementação pela palavra meio.

Em contraposição à suposta redundância manifestada nas opiniões acima, Fonseca diverge, explicando que:

A expressão meio ambiente, não é um termo redundante [...] Essa expressão insere a palavra meio com a conotação geométrica de volume, superfície ou área, sugerindo a existência de um objeto de referência. Adicionalmente, a palavra ambiente, que compõe a expressão, tem origem na preposição latina *amb* que quer dizer *ao redor*, *à volta*, e no verbo *ire* que significa *ir*, e de cuja junção resultou o termo *ambire* que expressa a idéia de ir ou estar à volta de um determinado elemento, figurando uma referência espacial.

[...]

A expressão meio ambiente, não é um termo redundante construído por ufanistas incultos, não podendo, portanto, ficar sujeito a galhofas retóricas de despreparados e desavisados.<sup>31</sup>

Ainda, segundo o autor, fazendo menção à expressão meio ambiente, o referencial geométrico “é a natureza e o entorno complexo, mas a referência essencial é o homem que está inserido, cercado, envolvido, como ser concreto, como objetivo central do meio e que deve ser o alvo principal dos programas de governo.”<sup>32</sup>

<sup>28</sup> “A palavra ambiente indica a esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que vivemos. Em certo sentido, portanto, nela já se contém o sentido da palavra meio. Por isso até se pode reconhecer que na expressão meio ambiente se denota certa redundância, advertida por Ramón Martín Mateo, ao observar que se utiliza decididamente a rubrica *Derecho Ambiental* em vez de *Derecho del Medio Ambiente*, abandonando uma prática linguística pouco ortodoxa que utiliza cumulativamente expressões sinônimas ou, ao menos, redundantes, no que incide o próprio legislador” (SILVA, 2004, p.19).

<sup>29</sup> SILVA, 2004, p.19.

<sup>30</sup> FIORILO, 2004, p.19.

<sup>31</sup> FONSECA, 2005.

<sup>32</sup> FONSECA, 2005.

Concordamos com a posição acima exposta, pois não podemos perder de vista o ser humano como referência essencial nesse contexto. É a posição, também, de Derani, quando afirma que é "importante ressaltar que esse conceito de meio ambiente não se reduz a ar, água, terra, mas deve ser definido como o conjunto das condições de existência humana, que integra e influencia o relacionamento entre os homens, sua saúde e seu desenvolvimento." <sup>33</sup>

Tal discussão torna-se importante para o direito não apenas e tão somente para fins de conceituação, mas, principalmente, para entendermos a importante relação do ser humano com a natureza e o meio ambiente no qual está inserida sua existência, tendo a cultura como um fator determinante na própria compreensão de meio ambiente a partir de uma perspectiva complexa de um conjunto de elementos que possibilitam a vida nas dimensões físicas, biológicas, químicas, culturais e espirituais.

## Conclusão

O controle social de políticas públicas no Brasil tem crescido em termos de possibilidades jurídicas, a exemplo da criação das Comissões de Legislação Participativas, dos Conselhos de Políticas Públicas e de previsão de gestão democrática das decisões em diferentes esferas do poder, a exemplo das previsões existentes no Estatuto das Cidades.

Contudo, se juridicamente é viável a população realizar tal controle das atividades estatais, percebe-se que a sociedade ainda carece de politização e esclarecimento para exercer tais prerrogativas, fator pelo qual a atuação do Ministério Público se mostra importante para preencher este espaço que não deveria estar vazio.

Se existe um lapso social no interesse em participar e fiscalizar, em razão das mazelas da forma de democracia representativa, onde os mandatários, como regra, não inspiram ideais de democracia nos seus eleitores, então a sociedade tem por dever preencher essa lacuna dentro das possibilidades de exercício direto da democracia existentes, trabalhando na sua complementação e ampliação como forma de fortalecer a democracia e conferir maior efetividade aos direitos sociais e fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

---

<sup>33</sup> DERANI, 2001. P.75.

## Referências

- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In: Revista Eletrônica da OAB*. Edição Número 4 - Janeiro/Fevereiro de 2009, p.1-29.
- BITTENCOURT, Marcos. *et al.* **Controle social, Financiamento e democracia**. Curitiba: CPEC/Fundação Auracária, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de NOGUEIRA, Marco Aurélio. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In: Bucci, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DRAIBE, Sonia Miriam . Avaliação de Implementação: esboço de uma metodologia de trabalho em políticas públicas. *In: Maria Cecília R. Barreira; Maria do Carmo B de Carvalho. (Org.). Tendências e perspectivas na avaliação de políticas e programas sociais*. São Paulo: IEI/PUCSP, 2001.
- DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 2.ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos**. As ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Editora Max Limonad. 2006.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- FONSECA, Ozório José de Menezes. **Aula inaugural do Mestrado em Direito Ambiental do ano de 2005**. Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Manaus: 2005.
- HARTMANN, Analúcia de Andrade. Políticas públicas ambientais: a atuação do Ministério Público. *In: D'ISEP*, Clarissa Ferreira Macedo; NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odete. (organizadores). **Políticas públicas ambientais**: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- INSTITUTO PÓLIS. **Estatuto da Cidade - guia para implementação pelos municípios e cidadãos**. 2.ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2002.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Poder local e o resgate da democracia social. *In: Ambito Jurídico*. Rio Grande, 16, 29/02/2004. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3292](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3292)>. Acesso em 29/08/2009.
- MELO, Marcus André. Estado, governo e políticas públicas. *In: MICELI, Sergio (org.). O que ler na ciência social brasileira (1970-1995) - Ciência Política*. São Paulo/Brasília: Editora Sumaré/ANPOCS/CAPES, 1999.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Anderson Furlan Freire da. Ativismo judicial em matéria ambiental. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (coordenador). **Direito Ambiental em Evolução nº 3**. Curitiba: Juruá, 2006, p.53-72.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Marcelo Lopes de. **A prisão e a agora**: reflexões em torno da democratização do planejamento e da gestão das cidades. Rio de Janeiro: Bertrand Russel, 2006.

TEIXEIRA, Enaldo Celso. Conselhos de políticas públicas: efetivamente uma nova institucionalidade participativa? *In*: CARVALHO, Maria do Carmo; TEIXEIRA, Ana Cláudia (orgs.). **Conselhos gestores de políticas públicas**. São Paulo: Instituto Polis, 2000. p.97-120.

WHITAKER. Francisco. *In*: **Reforma Política e Cidadania**. VANNUCHI, Paulo; BENEVIDES, Maria Victoria; KERCHE, Fábio (orgs.). Editora: Fundação Perseu Abramo, 2003, p.182-200.

# Nova morfologia das emendas constitucionais

***Laurenço Nascimento Santos Neto***

*Advogado da Caixa na Bahia  
Especialista em Direito Público pela FAPEX,  
da Universidade Federal da Bahia*

## RESUMO

O trabalho aborda o questionamento sobre o significado da nova morfologia de emendas constitucionais na Constituição Federal de 1988, bem como procura mostrar as causas e o impacto jurídico desta nova morfologia refletida no direito em geral. Parte-se de perspectivas históricas para fazer a abordagem do tema, até chegar em seu contexto atual. A motivação para o presente estudo partiu da observação da singularidade da forma das emendas, sem que, necessariamente, tenha isto causado, como seria de praxe, uma desregra no ordenamento jurídico, levando a crer que, se sob aspectos puramente positivistas o fato não encontrou guarida para causar a sua expulsão do ordenamento jurídico, pode ser isto um sintoma de que está mudando a perspectiva de se olhar o direito, no que hoje é chamado de pós-positivismo. Tenta-se discutir, ainda, a importância do impacto das decisões do Supremo Tribunal Federal no contexto deste fato, principalmente, quando esteve sob sua apreciação grandes questões de interesse do governo federal, onde conclui-se, neste aspecto, que o Pretório Excelso teve uma postura, até então, omissa em relação a este fato, e mesmo no âmbito geral, são poucas as vezes em que declarou a inconstitucionalidade de uma emenda. A inevitável conclusão de inconstitucionalidade material e formal da morfologia das emendas, antes de resolver o problema, serve como ponto de partida para discutir-se o direito sob a nova ótica do pós-positivismo.

Palavras-chave: Nova morfologia das emendas constitucionais. Perspectivas históricas. Pós-positivismo. Decisões do Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

The work concerning questioning about the significance of the new constitutional amendments morphology *in* the 1988 Federal Constitution, as well as seeks to show the causes and the legal impact of this new morphology reflected *in* law *in* General. The monograph starts from a historical perspective to theme,

until it reaches into its current context. The motivation for this study came from the observation of the singularity of the form of amendments, without necessarily keep this caused, as usual, a unruly *in* the legal system, leading to believe that, *in* purely aspects positivistic the fact not found harboring to cause their expulsion from the legal system can be a symptom that is changing the perspective of looking at the right, *in* which today is called post-positivism. Discuss the importance of the impact of the Federal Supreme Court decisions *in* the context of this fact, especially when major issues under its consideration of the Federal Government interest, where it is, *in* this respect, the STF had a silent until then *in* relation to this fact, and even within the general framework, there are few occasions on which declared unconstitutional an amendment. The inevitable conclusion of formal unconstitutional material and morphology of the amendments, before resolving the problem, serves as a starting point for discussing the right under the new perspective of the post-positivism.

Keywords: New morphology of constitutional amendments. Historical perspective. Post-positivism. Federal Supreme Court decisions.

## Introdução

O presente trabalho tem por escopo analisar as emendas constitucionais em sua morfologia, a propósito de que muitas delas possuem no seu conteúdo artigos próprios, que diferentemente da tradição das emendas, não se atêm a alterar, acrescentar ou suprimir o texto constitucional bem como as consequências advindas deste fato para o ordenamento jurídico.

Com a Constituição de 1988, inaugurou-se uma fase em que as emendas contêm artigos que servem a interpretar e minudenciar a si próprias e a própria interação com o texto constitucional original.

Abordaremos o assunto a partir de perspectivas históricas relacionadas ao fato e sua causa, que diz respeito ao modelo de Estado que se adotou no Brasil com a implementação de reformas. Finalmente, faremos um cotejo do assunto à luz dos limites de uma reforma e precedentes jurisprudenciais, para então, haver uma conclusão quanto ao que se trata.

## 1 Breve histórico. Previsão de reforma nas constituições brasileiras. Contextualização do problema

Historicamente, o Brasil sempre adotou, desde sua independência política, constituições com forma escrita, e semi-rígidas (ex.:

a Constituição Imperial de 1824)<sup>1</sup> ou rígidas<sup>2</sup> na sua previsão de forma de alteração, ou seja, sempre houve adoção de um processo legislativo distinto e mais elaborado do que o processo legislativo das normas em geral, com mais formalidades, para emendar o texto constitucional. Referimo-nos aqui à mera previsão contida no texto, deixando de lado questões históricas de períodos de exceção em que modificar ou não a carta constitucional era mera escolha de um ou de poucos, em que pese a previsão formalística, sobre a qual abordamos.

A Constituição de 1824 já nasceu sob o estigma do autoritarismo. Por discordância do texto proposto, e após vultosos episódios políticos, Pedro I dissolveu a Assembleia e outorgou a nossa primeira Constituição.

A Constituição de 1824, nos seus artigos 173 a 178, previa o processo de alteração do texto constitucional. Havia a peculiaridade de que o art. 178 previa que somente gozavam de cunho constitucional as matérias referentes aos poderes políticos, direitos políticos e individuais dos cidadãos. Dessa forma, tudo que não dissesse respeito a estas matérias poderia ser modificado sem os rigores da matéria constitucional.

Deriva esta peculiaridade da fase em que vivia o Direito Constitucional àquele tempo, e seguindo princípio exposto por Benjamin Constant, em que nem toda matéria posta na Constituição deve ser juridicamente tratada como constitucional.<sup>3</sup>

A Constituição de 1891 previa, em seu art. 90, a reforma da Constituição. Além da iniciativa do Congresso Nacional para fazê-lo, também podiam propor a emenda constitucional os Poderes Legislativos estaduais, por dois terços dos Estados, no período de um ano, representado cada Estado pela maioria de votos de sua assembleia.

A Constituição de 1934 previa, no seu art. 178, o processo de emenda. Se por um lado foi uma Constituição que previu avanços sociais, o momento histórico conturbados, principalmente, os fatos ocorridos no episódio da Intentona Comunista, no Campo dos Afonsos e Quartel da Praia Vermelha, levaram à Emenda de 18/12/1935,<sup>4</sup> concedendo-se amplos poderes a Getúlio Vargas, o que veio depois a desembocar no Estado Novo.

<sup>1</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.68.

<sup>2</sup> Tavares afirma que alguns doutrinadores classificam a Constituição de 1988 como super-rígida, ou hiper-rígida, a exemplo de Alexandre de Moraes, em razão da existência de cláusulas pétreas que não podem ser alteradas. TAVARES, 2003. p.68.

<sup>3</sup> FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista Forense, 1958. v. II, n. 148. p.105.

<sup>4</sup> FRANCO. 1958. p.200.

Este acréscimo de poder em Vargas culminou na Constituição de 10 de novembro de 1937, a Polaca, como ficou conhecida pela inspiração totalitarista, tal qual a Carta Constitucional Polonesa. Formalmente previa em seu art. 174 o processo de emenda ao texto constitucional. Previa, ainda, em seu art. 13, que não poderia o Presidente fazer emendas à Constituição, embora lhe fosse permitido expedir decretos-leis. No entanto, em seu art. 180, nas disposições transitórias, facultava-se que, enquanto não fosse reunido o Parlamento, o Presidente poderia expedir decretos-leis. E o Parlamento jamais se reuniu no Estado Novo, e todas as 21 emendas constitucionais àquela Carta foram feitas por Vargas com fulcro no art. 180, já citado.<sup>5</sup>

Afonso Arinos defendia que a Constituição de 1937, não obstante já nascer com o vício de ser outorgada, decretada por Vargas, pelas suas próprias regras, jamais foi operante juridicamente. Ocorre que o seu art. 187 previa que “esta constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.”

Jamais se fez o plebiscito<sup>6</sup> e a situação mantinha-se de fato, com a continuidade de Vargas, garantida pela redação original do art. 175, que garantia automaticamente a renovação do mandato presidencial, enquanto não se fizesse o plebiscito do art. 187. Vejamos transcrição de texto da obra de Arinos, esclarecedor, e que demonstra a síntese do que inspirou a Carta de 1937 e seu vazio jurídico:

Durante anos, desde 1937 até 1945, o país ficou entregue, assim, a um regime constitucional indefinido, que, exatamente por não possuir uma estrutura legal fixa, pôde ir se adaptando às novas condições criadas pela política internacional, embora com o resguardo ciumento do seu único elemento fixo que era a permanência de Getúlio Vargas na chefia, às vezes mais nominal do que real, do Governo. Na verdade o chamado Estado Novo compreende um período em que houve vários governos, todos tendo Vargas à frente, ou como figura de proa. Não nos compete esmiuçar, aqui, este aspecto da questão, mas é útil para nosso estudo ressaltar que o Estado Novo se instala apoiado pelos fascistas em 1937, submerge em 1945 apoiado pelos comunistas. Esta simples e objetiva observação mostra até que ponto a inteligência plástica, paciente e hábil do chefe do Governo

<sup>5</sup> CAMPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 1989.

<sup>6</sup> Deveria ser, esta constituição de 1937, o que se chama de constituição cesarista, aquela que é ratificada por plebiscito, após a sua outorga. Cf. TAVARES, 2003, p.66.



manobrava por entre os homens, as ideias e as situações, com a preocupação única – quase obsessiva – de sua permanência no poder.

Apenas nos estertores de seu período ditatorial, por reflexo óbvio da situação paradoxal vinda do engajamento do Brasil na II Grande Guerra - quando o Brasil, vivendo sob uma ditadura, ombreou-se a outros países na luta contra o nazi-fascismo, e o Estado Novo fora inspirado e apoiado por ele - Vargas, pressentindo a sua queda, e pressionado pelos fatos internacionais e pelos ares de democracia que o mundo pós-guerra respirava, veio a querer remediar a situação através da Lei Constitucional nº. 09, de 28/02/1945, prevendo finalmente o plebiscito que, por sua vez, não ocorreu.

A Constituição de 1946, de inspiração democrática e negando o Estado Novo, previa em seu art. 217 o processo de Emenda ao texto Constitucional.<sup>7</sup> Tinha a peculiaridade de nascer, até então, como a mais democrática e legítima das Constituições brasileiras, com a pretensão de “pôr uma pá de cal” no caudilhismo varguista; vê-lo ascender novamente ao poder democraticamente, passar por um período breve de parlamentarismo, e iniciar-se, com ela, um novo período de ditadura pós-golpe de 31 de março 1964, com seus primeiros quatro Atos Institucionais, baixados pelo Marechal de Campo Humberto de Alencar Castello Branco.

Assim, com estes variados matizes políticos, já num regime de exceção, mas que inicialmente contava com legitimidade popular e de setores da sociedade civil importantes, foi promulgada a 24 de janeiro, a Constituição de 1967. Promulgação de caráter duvidoso, à vista de que o Congresso Nacional fora convocado, pelo Ato Institucional nº. 04, para reunir-se extraordinariamente de 12 de setembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para votar o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República.

A este respeito, interessante a obra de Roberto Barcellos de Magalhães<sup>8</sup> que, em suas notas introdutórias, mostra que o ambiente político que resultou naquela Carta Constitucional resultou do clamor e apoio popular. Em última análise, ainda ressentia-se a política da herança do varguismo. Os fatos de 1964 foram o retardamento da crise que ocorreria, dez anos antes, abortada em 24 de agosto, com o extremado ato de suicídio de Getúlio Vargas.

Não tardaram, porém, os “revolucionários” a mostrar sua verdadeira e negra face, editando, simultaneamente, em 13 de dezembro de 1968, o Ato Institucional nº. 05, e o Ato Complementar

<sup>7</sup> CAMPANHOLE, 1989.

<sup>8</sup> MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. **A Constituição Federal de 1967 Comentada**. Rio de Janeiro: José Konfino, tomo I, 1967.

nº. 38. O primeiro, suspendendo todos os direitos e garantias políticas, impondo censura, usurpando o poder de legislar para o executivo e justificando tanto a cassação política arbitrária quanto a caçada propriamente dita, em seu sentido literal, contra inimigos do poder. O Ato Complementar referido pôs em recesso – leia-se fechamento – o Congresso Nacional por tempo indeterminado.

Em que pese este fato, sempre se manteve na Constituição de 1967 a previsão formal de emenda ao texto constitucional, no seu art. 50, embora as suas mais profundas e marcantes modificações tenham se dado por atos de exceção, culminando com a vastíssima Emenda Constitucional de 30/10/1969, a ponto de afirmar a doutrina que se tratou mesmo de nova Carta Constitucional outorgada. Senão, vejamos:

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.<sup>9</sup>

Também Ferreira Filho<sup>10</sup> refere-se variadas vezes, em sua obra, à Emenda Constitucional nº. 01 de 1969, deixando bem claro distinguir a Constituição de 1967 do documento surgido da EC 01/69.

Assim, a Constituição de 1967, que pelo clamor popular fez ascender uma ditadura, também pelo seu clamor, escreveu um de seus últimos capítulos, a Emenda Constitucional nº. 26, de 27 de novembro de 1985, convocando Assembleia Nacional Constituinte, que resultou na atual Carta Constitucional.<sup>11</sup>

Para Silva,<sup>12</sup> a Emenda Constitucional nº. 26 era verdadeiramente um ato político, “[...] pois esta tem precisamente sentido de manter a Constituição emendada. Se visava destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como ato político.”

Após longa trajetória que teve desfecho numa Assembleia Constituinte, com intensa participação e mobilização do povo e de setores organizados da sociedade, foi promulgada em 05 de outubro de 1988 a atual Constituição. Merece transcrição trecho da lição de José Afonso da Silva:<sup>13</sup>

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.88.

<sup>10</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.31, 65, 68, 90.

<sup>11</sup> CAMPANHOLE, 1989.

<sup>12</sup> SILVA, 1997. p.88.

<sup>13</sup> SILVA, 1997. p.88-9.

A luta de normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começa assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos Governadores em 1982. Intensificara-se quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do re-equilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social.

A atual Constituição prevê o processo de emenda ao texto constitucional em seu art. 60. Em que pese, doutrinariamente, ser uma constituição rígida,<sup>14</sup> ou seja, aquela que tem um trâmite especial e mais difícil, ou como quer José Joaquim Gomes Canotilho,<sup>15</sup> um “processo agravado”, que se considera uma garantia da Constituição. Não obstante esta rigidez formal, talvez nunca tenha havido, de fato, tamanha flexibilização ao longo da nossa história constitucional.

Traçando um paralelo com a Constituição de 1824 neste propósito, formalmente aquela Carta inseria-se como semi-rígida,<sup>16</sup> em vista de que, conforme já comentamos aqui, por influência de Benjamin Constant, adotou-se a teoria de que nem todo conteúdo da Constituição era considerado como matéria constitucional.

No entanto, de fato havia uma grande estabilidade do texto constitucional, conforme nos mostra a lição de Afonso Arinos:<sup>17</sup>

A matéria constitucional só poderia ser emendada com grandes cautelas. A primeira etapa consistia na elaboração de uma lei ordinária, a qual devia dispor que os eleitores dos deputados<sup>18</sup> da legislatura seguinte confeririam, aos seus eleitos, poderes para reformar a Constituição nos pontos determinados pela mesma lei prévia. A reforma seria, então, proposta, discutida e adotada na legislatura subsequente. Esta complicação no processo de reforma constitucional era deliberada, e correspondia a uma das teses dominantes naquela fase

<sup>14</sup> SILVA, 1997, p.44. Cf. ainda, FERREIRA FILHO, 1999, p.13-4.

<sup>15</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p.1059.

<sup>16</sup> FERREIRA FILHO, 1999. p.14.

<sup>17</sup> FRANCO, 1958. p.105-6.

<sup>18</sup> Relevante dizer que a Constituição de 1824, no que tange a direitos políticos, previa o voto qualitativo, conforme se vê em seus Artigos 90 a 92. Entre outras restrições menos importantes, não poderiam votar aqueles que não tivessem de “renda líquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou empregos.” CAMPANHOLE, 1989.

do Direito Constitucional, tese segundo a qual o texto da lei básica devia ter a máxima estabilidade, dificultando-se a todo transe sua alteração.

Estamos, portanto, vivenciando hoje situação totalmente inversa daquela quadra dos primórdios da história do constitucionalismo no Brasil. Se lá havia o rigor do imutabilismo empedernido, cá há a sanha pelo fácil mutabilismo, que levou a vários dilemas e questionamentos, entre os quais o que pretende examinar este trabalho: forma, ou morfologia imprópria, das emendas constitucionais.

Na atual Constituição Federal temos observado, todavia, que as emendas constitucionais vão bastante além do que tradicionalmente se espera de uma emenda. Há emendas que, além de aditar, suprimir e modificar o texto constitucional, têm artigos próprios, como verdadeiras leis, que não se inserem no conteúdo do texto constitucional, na constituição propriamente dita, e que não poucas vezes isto traz problemas hermenêuticos e até conflitos que não deveriam existir entre o texto constitucional propriamente dito e o texto da emenda.<sup>19</sup>

Podemos citar, como exemplo, a Emenda Constitucional nº. 20, de 15/12/1998, que a partir do seu art. 3º ao 17, converte-se em verdadeira norma extravagante, posto que tais artigos não estão insertos no texto constitucional, tratando de assuntos que caberiam a ato normativo de órbita inferior,<sup>20</sup> e padecendo, ainda, do vício de querer interpretar dispositivos do próprio texto constitucional. A este propósito, vejamos trecho de magistral lição de Maximiliano:<sup>21</sup>

Demais o legislador não pode fazer obra completa, e da especificação resultará a dúvida sobre a aplicabilidade dos preceitos não compreendidos em a norma positiva. A ele compete apenas concretizar uma regra; a maneira de a compreender é condicionada e dirigida pelas leis sociais, lógicas, psicológicas, linguísticas e outras. Enfim, as disposições sobre exegese encerram princípios gerais por todos aceitos; pelo que parece ociosa a sua inclusão em uma norma coercitiva.

<sup>19</sup> Carlos Maximiliano observa que *'um preceito contrário ao estatuto supremo não necessita de exegese, porque não obriga a ninguém: é como se nunca tivesse existido.'* . MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 5.ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1951. p.62.

<sup>20</sup> MAXIMILIANO, 1951. p.367 observa que *'deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade [...].'*

<sup>21</sup> MAXIMILIANO, 1951. p.125.

Dos mesmos vícios padecem, por exemplo, as Emendas Constitucionais nº. 41, de 19/12/2003; nº. 45, de 08/12/2004; nº. 47, de 05/07/2005, todas com artigos que não integram o texto constitucional e que sugerem a maneira de se interpretar as regras contidas, quer na própria emenda, quer no texto constitucional, quer no que resultará da emenda frente ao texto original.

Assim, ao que parece, o parlamento brasileiro, além de investir-se da função reformadora habitual, pretende avocar para si o processo histórico do papel da mutação constitucional.<sup>22</sup>

Enfim, temos aqui uma mudança de paradigma que pretendemos analisar, em que as emendas deixam de ter o caráter tradicional já referido, e passam a ser verdadeiras leis constitucionais fora do texto da carta, talvez inaugurando um Direito Constitucional extravagante ou, quem sabe - sendo bastante comum no inventivo direito nacional fórmulas ecléticas - estejamos migrando para um modelo constitucional misto de modelo legalista<sup>23</sup> com modelo escrito, onde não se sabe o que prevalecerá. Por último, resta a hipótese de que de forma bastante desassombrada e tranquila, estamos vivendo sob a égide de normas constitucionais arbitrárias e viciadas.

Temos a certeza, no entanto, que embora formalisticamente haja a rigidez prevista para alteração do texto da carta - por fatores negativos que dizem respeito às relações incestuosas dos políticos com o poder - talvez nunca na história jurídica deste país, em período de não exceção, tenha sido tão fácil, tão mundano e tão banal alterar-se a carta política.

Tavares, citando o saudoso professor Sampaio, compreende estas circunstâncias, como parte do processo legislativo:

A expressão 'processo legislativo', adverte Nelson de Souza Sampaio, tanto pode ser considerada em seu sentido sociológico como no jurídico.

Sociologicamente, processo legislativo 'refere-se ao conjunto de fatores reais ou fáticos que põem em movimento os legisladores e ao modo como eles costumam proceder ao realizar a tarefa legislativa'. Seria a sociologia do processo legislativo, preocupada em identificar e analisar as diversas ocorrências presentes no decorrer da formação das leis, como a pressão popular, a mídia, os grupos de pressão, os ajustes político-partidários, as trocas de favores do Governo com os parlamentares, e outros fatores que circundam a elaboração das leis. Seria mais acertado, para tal referência, como crê Nelson

<sup>22</sup> "Entende-se por mutação constitucional a modificação da norma constitucional cujo texto permaneça inalterado." . SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

<sup>23</sup> São aquelas constituições formadas por documentos distintos, por leis esparsas e não agrupadas fisicamente. TAVARES, 2003, p.65.

de Souza Sampaio, falar em 'comportamento legislativo'.<sup>24</sup>

Por força deste comportamento legislativo, tende-se a querer constitucionalizar-se tudo - como que querendo emprestar importância a determinado tema - quando não se enxerga que, verdadeiramente, a cada dia, a cada mudança, desprestigia-se e esgarça-se o prestígio, a legitimidade e a força emprestada pelo povo brasileiro a um documento político que tem (ou teve) o epíteto Constituição Cidadã. Que não lhe venha a servir, isto pois, de epitáfio.

Franco já observava, em 1958, que

o campo do Direito Constitucional é muito mais extenso do que o Direito consignado na Constituição. Assim como não há Constituições verdadeiramente costumeiras, também não as há verdadeiramente escritas.

A diferença, pois, entre o Direito Constitucional dos países de Constituição escrita e o daqueles de Constituição costumeira, vai-se apagando, em consequência da ampliação do conceito mesmo de Constituição. Além do texto ou dos textos escritos, há, em todos os Estados, matéria de Direito Constitucional positivo, que consta de leis ordinárias, de costumes, usos e convenções.<sup>25</sup>

Se uma destas hipóteses de ecletização ou migração para outro sistema constitucional for possível, antes há que se averiguar a constitucionalidade, formal e material, deste padrão de atitude no processo de emenda ao texto constitucional. O fato observado pelo ilustre jurista é, antes de tudo, fenômeno que diz respeito à sociologia do Direito, e que não pode explicar totalmente o afrouxamento da formalidade na função revisora constitucional.<sup>26</sup>

José Afonso da Silva,<sup>27</sup> ainda nos primórdios da promulgação da atual Constituição, já vaticinava que "a conclusão que se impõe é a de que estamos diante de uma Constituição não isenta de contradições; às vezes minuciosa excessivamente".

## 2 Explicação para o surgimento do fato. A reforma do estado

Como vimos acima, na brilhante lição de Franco, provavelmente bem à frente de seu tempo, não se prendendo a *standards*, há

<sup>24</sup> SAMPAIO *apud* TAVARES, 2003. p.907.

<sup>25</sup> FRANCO, 1958, p.26-8.

<sup>26</sup> MAXIMILIANO, 1951, p.372, assevera que 'a constitucionalidade não pode decorrer só dos motivos da lei. Se o parlamento agiu por motivos reprovados ou incompatíveis com o espírito do código supremo, porém a lei não é, no texto, contrária ao estatuto básico, o tribunal abstém-se de a condenar.'.

<sup>27</sup> SILVA, 1997. p.788.

historicamente uma aproximação entre o direito constitucional escrito e o consuetudinário.

A causa, no entanto, do fato que ora estudamos - a diferente morfologia de emendas constitucionais atuais - guarda explicação e deita raízes na questão do modelo de Estado e a sua ordem econômica, que fora desenhado pela atual Constituição que, para sair do papel jamais poderia prescindir de grandes e profundas reformas no Estado brasileiro, em movimentos que vulgarmente chamou-se de movimento privatista e neo-liberal, dentro do fenômeno da globalização,<sup>28</sup> cambiando totalmente a estrutura eminentemente estatizante da realidade econômica nacional.

Faz-se necessária uma breve abordagem histórica dos fatos e fenômenos que fizeram desencadear esta necessidade premente de reforma dos Estados assentados em normas econômicas clássicas e centrados em sua soberania nacional,<sup>29</sup> na conformidade do Tratado de Vestfália.

De um modo geral, todos os sistemas que se assentam em determinados fundamentos e normas, são criados para darem algum tipo de resposta a uma sociedade, num determinado ciclo de tempo, lugar e atendendo a algum anseio. Muda o ciclo de tempo ou o lugar, mudam os anseios. A sociedade sempre está a exigir novas necessidades, nem sempre bem vistas por aqueles que dominam o sistema. No entanto, a mutação é sempre inexorável.<sup>30</sup>

Na lição de Souto,<sup>31</sup>

O Estado centralizado e forte marcou a primeira metade deste século. A política internacional, dominada pela competição bélica, parecia não deixar muitas opções.

<sup>28</sup> Alguns doutrinadores como Ivo Dantas, referem-se ao fenômeno como mundialização. DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico**. Curitiba: Juruá, 2000.

<sup>29</sup> "O sistema internacional clássico tem sido chamado muitas vezes de 'sistema de Vestfália' - Westphalian system em inglês- devido ao Tratado de Vestfália, de 1648, que reconheceu o Estado como poder supremo ou soberano dentro das suas fronteiras, descartando as reivindicações transnacionais de autoridade política da Igreja. Considera-se geralmente como princípio constitutivo desse sistema o respeito mútuo dos Estados pela sua soberania." ZACHER, Mark W. Os pilares em ruína do templo de Vestfália. **Coletânea Governança sem Governo** - ordem e transformação na política mundial. Brasília: UNB, 2000. p.84.

<sup>30</sup> "Os regimes burocráticos autoritários do passado tornaram-se cada vez menos capazes de cumprir a promessa do desenvolvimento, principal alicerce da sua legitimidade. Assim, novos interesses surgiram à superfície para desafiar os regimes autoritários estatizantes, redistributivistas, voltados para dentro." BIERSTEKER, Thomas J. O 'triumfo' da economia neoclássica. **Coletânea Governança sem Governo** - ordem e transformação na política mundial, Editora UNB, 2000. p.159.

<sup>31</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, v. XVII, 2000.

As aspirações nacionais tinham apenas duas vias praticáveis: ou desenvolver um Estado-potência, para, conforme o grau de autonomia alcançada, lograr executar algumas políticas próprias, ou apenas acomodar-se como Estado-cliente.

Era, sem dúvida, a época do divisor de águas, causada pela geopolítica que se desenhava no pós-Segunda Guerra Mundial. Eram os estertores do Sistema Vestfaliano que, a partir de então, fez com que os Estados, cada vez mais, fossem abrindo mão de parcelas consideráveis de sua soberania, até desembocar nos movimentos iniciados na Inglaterra e Estados Unidos, que se lançou como modelo de reforma para o mundo, iniciados em fins dos anos setenta e início dos oitenta do século passado.<sup>32</sup>

No pós-guerra, encerrou-se a fase em que a economia tinha como marco a referência nacional. Surge uma nova fase, chamada de pós-nacional, caracterizada por uma interdependência crescente das economias e homogeneização de níveis de renda e produtividade.<sup>33</sup>

Em resumo esquemático de Biersteker<sup>34</sup> é possível observar as explicações mais imediatas que levaram a este modelo. Segundo o mesmo, a profunda recessão global, no princípio da década de oitenta, em meio a tendências seculares, mais a globalização da produção, aumento de pressão pela competitividade e exaustão dos modelos precedentes, fizeram surgir ideias neoclássicas, já formuladas na Inglaterra e Estados Unidos.

Decisivo para vingar estas ideias, além naturalmente da adoção delas por estes dois países, que irradiam, ainda, muito poder a países satélites, o apoio de instituições internacionais como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Interamericano de Desenvol-

<sup>32</sup> “A mais recente tendência das estratégias mercadológicas do mundo capitalista é, inegavelmente, o fenômeno da globalização. Mercados abertos, liberdade alfandegária, fim da ideia de soberania, eliminação do xenofobismo, linhas de produção mundiais, capitais flutuantes e de extrema volatilidade frequentando os mercados financeiros sem limites de fronteira, esses os traços característicos do processo de maximização da rentabilidade econômica, responsáveis pela mais drástica alteração estrutural no modo de produção capitalista dos últimos anos. Os efeitos de tais transformações são impressionantes. No campo político, a relativização da soberania interna é realidade tão inegável quanto assustadora. O fenômeno dos blocos econômicos e suas repercussões quanto à estrutura jurídica constitucional de cada país comunitário, perverte as fundações teóricas sobre as quais tem se assentado bom número de ramos do conhecimento social.”. AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

<sup>33</sup> FURTADO, Celso. **Transformação e crise na economia mundial**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006. p.122.

<sup>34</sup> BIERSTEKER, 2000. p.173.



vimento (BIRD), que eram representativos de interesses forjados ou nascidos, que levaram a novas coalizões, provocando uma mudança na direção da política econômica. Consequentemente, estas mudanças acarretaram também a reforma dos Estados que forçosamente tiveram que adotar este novo modelo, para não quedarem-se à margem dos processos macro-econômicos ditados pelos países dominantes.

Como todo e qualquer horizonte que se descortina, houve, e ainda há variadas incertezas, vacilações e questionamentos a respeito da significância e da profundidade de uma nova ordem mundial que ditará a economia, os mercados, as relações, e que, naturalmente, exigindo profundas reformas nos Estados, cobra sempre o seu preço e gera conflitos de toda ordem com a mudança dos paradigmas então vigentes.<sup>35</sup>

Também este tema das transformações da ordem mundial, refletido na capacidade de governança dos Estados, foi à época do começo das quebras dos paradigmas então postos, uma frequente preocupação do professor Furtado.<sup>36</sup> Em magistral coletânea de artigos e conferências de sua autoria, vejamos três momentos daquela década de oitenta do século passado, que paulatinamente, em sua abalizada visão, vai-se da completa dúvida a algumas certezas:

<sup>35</sup> James N. Rosenau faz os seguintes questionamentos: “a mudança refletirá uma decadência ou a reconstituição da antiga ordem? As transformações serão suficientemente básicas para instituir uma nova ordem ou serão limitadas, de tal forma que certas dimensões da antiga ordem permanecerão intactas? A emergência de uma nova ordem mundial significará uma alteração sistêmica ou uma mudança dentro do sistema? Haverá uma diferença entre as possíveis mudanças no modelo de comportamento dos atores e mudanças na distribuição de poder entre esses atores? Haverá provavelmente um hiato de tempo considerável entre as mudanças, por exemplo, na dimensão ideacional e as dos outros dois níveis? As fases de conflito intenso e generalizado podem persistir por muito tempo ou a ordem predominante não resistirá se o conflito for excessivamente intenso e por demais extenso? Será a ordem um fenômeno cíclico, de tal modo que os períodos conflituos, marcados pela desordem e pelo caos, são apenas momentos de transição na história, seguidos depois de pouco tempo por novos arranjos, mais ordenados? Será possível criar novas ordens mundiais por meio da imaginação e da vontade política, ou sua emergência depende mais de fatores que estão fora do controle humano(a dinâmica das tecnologias, as condições socioeconômicas modificadas e a transformação das perspectivas psicológicas)? Como é natural, não há resposta definitiva para estas perguntas. Muito depende do modo como conceituamos a ordem e a sua transformação.”. ROSENAU, James N. *Governança, ordem e transformação na política mundial. Coletânea Governança sem Governo* – ordem e transformação na política mundial. Brasília: UNB, 2000. p.35.

<sup>36</sup> FURTADO, 2006.

Tudo leva a crer que no decênio de oitenta o Terceiro Mundo emergirá como ator de peso nas instâncias decisórias que de uma ou outra forma assumirão responsabilidades crescentes na ordenação internacional. Os impasses a que nos referimos estão levando os países capitalistas avançados a buscar formas de cooperação, das quais emergirá uma nova estrutura de poder.<sup>37</sup> Vivemos atualmente uma dessas fases da História em que o grau de incerteza com respeito ao futuro passa a cota de tolerância, pondo em risco a coesão social e tornando particularmente difícil a tarefa de governar. Em situações como esta o exercício da imaginação política – esse atributo das sociedades democráticas – faz-se imprescindível, pois o futuro reproduz cada vez menos o passado. É necessário que a sociedade exerça plenamente suas funções de adaptação e renovação, o que é possível quando existe um profundo sentimento de participação e co-responsabilidade.<sup>38</sup> O objetivo comum é, certamente, reforçar a esfera política, ou seja, aumentar o poder regulador das atividades econômicas, única forma de colocá-las a serviço da satisfação das necessidades sociais legitimamente reconhecidas. A eficácia na utilização dos recursos e o crescimento econômico não são mais do que maiô para alcançar essa meta. Da mesma forma, a integração econômica e a construção de sistemas políticos mais abrangentes visam ao mesmo objetivo de assegurar estabilidade e crescimento em um mundo em que a tecnologia e o capital são crescentemente controlados por organizações privadas transnacionais.<sup>39</sup>

A desoneração do Estado surge como “um instrumento de libertação do Estado do formalismo que rege a ação administrativa.”<sup>40</sup> O Brasil adotou um modelo de reforma de seu Estado, nos programas de privatização e desestatização que, segundo Marcos Juruena, concebe que a atividade produtiva compete à iniciativa privada.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> FURTADO, 2006. Publicado originalmente em *O Brasil Pós-‘Milagre’*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981. p.280.

<sup>38</sup> FURTADO, 2006. A crise econômica internacional e a tutela do FMI, conferência feita no CEBRAP, São Paulo, em 19 de janeiro de 1983. p.160.

<sup>39</sup> FURTADO, 2006. O mundo desregulado, Conferência pronunciada na Universidade Técnica de Lisboa, em 23 de março de 1987. p.260.

<sup>40</sup> SOUTO, 2000. p.1.

<sup>41</sup> ‘Efetivamente, o programa brasileiro tem um caráter filosófico, qual seja, o de que a atividade produtiva compete à iniciativa privada, cabendo ao Estado zelar para que seja mantido o bem estar social. Trata-se de princípio que norteia o funcionamento do Estado brasileiro e vem estampado logo no artigo inaugural da carta Magna (inciso IV). É a nova concepção de Estado, intermediária entre a filosofia liberal e a intervencionista.’ SOUTO, 2000. p.05.

De seu lado, o Estado também é cobrado, nestas reformas, por uma maior eficiência e qualidade nos seus gastos, que o deixe apto a exercer suas novas funções, quer frente aos cidadãos, quer frente à comunidade internacional.<sup>42</sup>

Com este panorama, era crucial ao Estado brasileiro adaptar-se, reformar-se frente às novas exigências mundiais, para não ficar à margem das grandes decisões. O que se verifica não foi e ainda não está sendo fácil, ante as monumentais dificuldades históricas, pela conformação e secularismo do Direito nacional e pelo natural enfrentamento de valores corporativos onde, de imediato somente enxergam-se perdas e desvantagens.<sup>43</sup>

Bastos, citado por Cal, assevera que:

A questão da necessidade de reforma é uma realidade natural uma vez que a Constituição de 1988 trouxe inúmeras alterações para o regime político-administrativo brasileiro. Salienta, outrossim, que a Carta Magna compendia muitas matérias e que diante do forte processo de globalização nos dias atuais, mister se faz necessária a implementação de reformas que visem a adequar a rígida Constituição às novas tendências.<sup>44</sup>

As reformas vieram, desse modo, para mudar totalmente todos os paradigmas que estavam postos no Direito e na Administração Pública, sempre tida como excessivamente formal, rígida e com variadas imperfeições. A reforma do aparelho do Estado deve, assim, definir objetivos, estabelecer diretrizes, orientar e instrumentalizar o Estado de maior poder de governança que o faça implementar políticas públicas com maior eficiência.<sup>45</sup>

Vejamos o que diz Carvalho:

<sup>42</sup> Thomas J. Biersteker assevera que 'componente da maioria desses programas é o esforço para realizar uma reforma fiscal importante. Normalmente, isso significa que os países diminuem, ou pelo menos limitam, a taxa de expansão dos gastos governamentais, reformam a estrutura tributária, racionalizam as despesas, reduzem ou interrompem os subsídios governamentais e melhoram a eficiência do investimento público (diminuindo-o e mudando o seu foco, da produção para a infra estrutura e os setores sociais).' BIERSTEKER, 2000. p.152.

<sup>43</sup> Arianne Brito Rodrigues Cal, observa que 'com o desenvolvimento da aplicação do texto constitucional, foi-se percebendo que necessário se fazia uma ampla reforma não só em nível econômico, mas em nível administrativo, previdenciário, tributário, e, inclusive do próprio poder judiciário.' CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.34

<sup>44</sup> BASTOS *apud* CAL, 2003. p.35.

<sup>45</sup> BASTOS *apud* CAL, 2003. p.12 e 40.

De fato não é novidade que os governos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, começando por Collor e se intensificando na era FHC, elegeram como principal pauta política a necessidade de uma reforma estrutural do Estado Brasileiro. O modelo interventor e de bem-estar era visto como inoperante, atrasado, edificado sob uma estrutura burocrática pesada, corporativista e viciada. Propunha-se a mudança para um modelo mais competitivo, moderno, movido por uma burocracia estatal concebida a partir de critérios puramente meritocráticos, sem privilégios e – eis uma palavra que está no cerne destas propostas – eficiente. O gigantismo e a lentidão estatal, enfim, cederiam passo à iniciativa privada, única capaz de impulsionar o desenvolvimento econômico e realizar os investimentos necessários à modernização das estruturas sociais, possibilitando, ainda, uma drástica redução no custo de manutenção da máquina estatal, de maneira que o Estado pudesse concentrar sua atuação nas áreas realmente prioritárias. Daí as privatizações, o fim dos monopólios, a criação das agências reguladoras, as parcerias público privadas, a redução de benefícios sociais e, finalmente, uma ampla reforma da administração pública, que, dentre outras características, atingiram em cheio os servidores públicos.<sup>46</sup>

Isto é visível na Constituição de 1988, que se assenta sobre os pilares fundamentais da descentralização e controle social.<sup>47</sup>

Como já comentado, o Estado sempre muda de tempos em tempos. O que não quer dizer, de imediato, completo rompimento. Com as reformas mais recentes, decorrentes do fenômeno da globalização, todavia, se ainda não há, haverá mais adiante um completo rompimento com as estruturas velhas, que ainda persistem. Interessante fazer breve relato do que se passou grosso modo com a estrutura do Estado Brasileiro e as reformas que veio a sofrer.

Dos tempos de colônia Portuguesa até a Revolução de 1930, com Vargas assumindo o poder, é visível que o Estado brasileiro foi uma instituição garantidora de privilégios e sinecuras de uma elite rural que gravita em torno do Estado, numa administração que se pode dizer patrimonialista.<sup>48</sup>

Marcelo Torres explicita que o conceito de patrimonialismo, extraído da obra de Max Weber, é utilizado para caracterizar for-

<sup>46</sup> CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição Constitucional & Democracia** – Integridade e Pragmatismo nas Decisões do STF. Curitiba: Juruá, 2007. p.214/215.

<sup>47</sup> TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

<sup>48</sup> TORRES, 2004. p.143.

mas de dominação política tradicional, em que não se observa separação visível entre o público e o privado.<sup>49</sup>

O Estado Brasileiro atravessa séculos com esta marca patrimonialista indelével, ainda presente em certa medida, e caracterizada por um Estado centralizador, monopolista e servil a grupos e interesses.

Com a revolução de 1930, e o rearranjo político do Estado, com uma incipiente burguesia basicamente formada por militares e pequenos funcionários públicos, Vargas promove uma vasta reformulação que abre caminho para o processo de modernização social e industrialização. Este processo ficou mais visível após o golpe do Estado Novo. Através do Decreto-Lei 579/38, criou-se o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), que perdurou até 1986.

O DASP inaugurou uma fase mais profissional na Administração Pública, provendo princípios de mérito, centralização, hierarquia, impessoalidade, universalidade das regras e separação entre o público e o privado.<sup>50</sup> O ambiente cultural encontrado, conforme revela Marcelo Torres,<sup>51</sup> era o mais adverso possível, permeado por práticas patrimonialistas que ainda perduraram por muitas décadas de modo impávido.<sup>52</sup>

Foi, de todo modo, o primeiro movimento modernizador, que deu ares de profissionalidade e institucionalidade à administração pública e ao Estado brasileiro. Vargas deixou precipuamente a sua marca através da criação de órgãos hoje conhecidos como Administração Indireta, descentralizando órgãos. Numa última palavra, a Administração Pública brasileira foi aparelhada nos moldes do modelo burocrático weberiano.<sup>53</sup>

O DASP irradiou seu poder por todos os estados federados, que o reproduziam no que Torres chama de “daspinhos,”<sup>54</sup> que

<sup>49</sup> Tânia Margarete Mezzomo Keinet, citando Cunnil Grau e Rabotnikof, expõe que “o adjetivo público irá marcando uma mudança nestas relações, dando lugar a uma progressiva diferenciação entre o Estado, a comunidade e o indivíduo, exigindo a criação de uma ‘nova institucionalidade’ que não somente crie a possibilidade de tornar a gestão pública mais permeável às demandas emergentes da sociedade, mas que também retire do Estado e dos agentes sociais privilegiados o monopólio exclusivo da definição da agenda social.”. KEINET, Tânia Margarete Mezzomo. **Administração pública no Brasil – crises e mudanças de paradigmas**. São Paulo: FAPESP, 2000. p.61.

<sup>50</sup> TORRES, 2004. p.147.

<sup>51</sup> TORRES, 2004. p.147.

<sup>52</sup> ‘A crise do Estado, como afirmam alguns autores, levou à crítica do Estado. A disciplina, que tinha o estatal como sinônimo de público, ressentiu-se.’ KEINET, 2000. p.166.

<sup>53</sup> AGUILLAR, 1999, p.47.

<sup>54</sup> TORRES, 2004. p.149.

tinham poderes inclusive para revisar atos dos interventores. Tornou-se, assim, o DASP, grande fonte de controle e poder do Governo Central, que de resto, marcou todo o período do Estado Novo.

No período pós-Vargas, de frágil democracia entre 1946 e 1964, houve apenas ações isoladas e esporádicas, no sentido de modernizar o Estado e a Administração, a exemplo da criação e instalação da Comissão de Estudos e Projetos Administrativos (CEPA), Comissão para Simplificação Burocrática (COSB) e os Planos de Metas de Juscelino Kubitschek.<sup>55</sup>

Em 1967, já no regime de ditadura, veio o Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, estabelecendo diretrizes para a reforma administrativa, dotando-a de instrumentos gerenciais. A partir de então, a Administração Pública passou a ter como princípios básicos o planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle. Tais instrumentos eram essenciais para fazer frente ao crescente papel desenvolvimentista do Estado brasileiro, como propulsor da economia. As reformas foram facilitadas pelo caráter autoritário do regime.

E assim, calcados no Decreto-Lei 200, expandiu-se às largas a administração indireta. Dados do ano de 1976 acusavam a existência de 571 instituições nos três níveis de governos, das quais 60% foram criadas entre 1966 e 1976. No âmbito federal, criaram-se 267 empresas estatais e 68 agências da administração indireta.<sup>56</sup>

Vemos então que as reformas do Estado, até então, serviram menos para dotá-lo realmente de eficiência para uma resposta frente a problemas, mas de satisfazer apenas ao imediatismo de externalidades que são ocasionadas e atender móveis políticos; ou seja, apenas criou-se e hipertrofiou-se uma estrutura, para contornar os problemas mais imediatos, e usou-se a estrutura para fins não legítimos.<sup>57</sup>

Este comportamento se acentuou intensamente até o período da promulgação da Constituição de 1988. Um dos últimos movimentos desta fase, no sentido de alguma reforma, foi a criação do

<sup>55</sup> “Assim, seguindo uma tradição inaugurada por Vargas, e depois exaustivamente reproduzida pelo regime militar, JK administrou o Estado desacreditando a burocracia disponível e não investindo em sua profissionalização. Ele preferiu, sempre que novos desafios e atribuições surgiam para a administração pública, trilhar o atalho fácil de criar novas estruturas alheias à administração direta, resolvendo o problema imediato e adiando indefinidamente a difícil tarefa de reformulação e profissionalização da burocracia existente.”. TORRES, 2004, p.151.

<sup>56</sup> TORRES, 2004. p.156.

<sup>57</sup> “Em termos de Administração Pública faz-se necessário, para respeitar este pluralismo, torná-la verdadeiramente pública e democrática em lugar de dominada por uma burocracia auto-referida ou por capitalistas interessados em apropriar-se do patrimônio econômico público.”. KEINET, 2000, p.104.

Ministério da Desburocratização. Segundo Torres,<sup>58</sup> a criação deste Ministério foi de grande importância, pois sob a direção de Hélio Beltrão, que o dirigiu de 1979 a 1983, ressaltou-se a ideia de que o contribuinte não é um súdito no Estado, mas um cliente, com direito a uma boa prestação de serviços públicos. Foi o primeiro movimento que procurou enxergar a população como cidadã, e não apenas como contribuinte,<sup>59</sup> em sintonia com o que então se pensava nos países da Europa Ocidental.

Esgotado o ciclo militar, veio a Constituinte, que mobilizou bastante a cidadania e a sociedade civil organizada, em numerosos *lobbies* que mostraram força. O resultado deste embate de forças heterogêneas, quer à esquerda, quer à direita, foi a Constituição de 1988, fortemente marcada por antagonismos, a um só tempo flertando com o moderno ainda com os pés no secularismo, mostrando o quanto seria difícil tirá-la do papel, e que não iria prescindir de grandes e profundas reformas no Estado.

Extinto o DASP em 1986, Sarney criou no mesmo ano, a Secretaria de Administração Pública da Presidência da República (SEDAP), diretamente ligada ao Presidente, encarregada dos esforços de modernização e racionalização da Administração Pública Federal, que logrou alguns pequenos avanços.

Já com a Constituição de 1988 vigente, no governo Collor o mesmo adotou discurso pretensamente modernizador, em sintonia com o “Consenso de Washington,”<sup>60</sup> preconizando abertura comercial, superávit fiscal, privatização de empresas estatais, enxugamento da máquina pública e desregulamentação. Este discurso, no entanto, foi posto em prática com uma política extremamente deletéria, que teve enorme e negativa repercussão.

De modo atabalhado, sem planejamento, estudo ou critério, extinguiu órgãos, milhares de servidores (108.000, estima-se) foram demitidos ou postos em disponibilidade com vencimentos integrais.<sup>61</sup> O fato criou uma vaga de ações na Justiça, visando à reintegração aos cargos, o que culminou, com a assunção da Presidência por Itamar Franco, em 1992, após o impedimento de Collor, na concessão de anistia que reintegrou a quase totalidade dos servidores. Era este o caldo de cultura que iria fazer crescer a imperiosa necessidade das reformas. Merece transcrição trecho de Torres:

<sup>58</sup> TORRES, 2004. p.161.

<sup>59</sup> ‘E agora, mais do que se pensar sob a ótica do funcionalismo, prevalece a ótica do cidadão, mudando o foco da antiga preocupação com as questões de pessoal.’ . KEINET, 2000, p.173.

<sup>60</sup> TORRES, 2004, p.168.

<sup>61</sup> A disponibilidade com salário integral acabou com a Emenda Constitucional n. 19 de 04 de junho de 1998, com o art. 41, §3º.

Especialmente para a administração pública, a sensação de que as práticas de corrupção se disseminavam bem no coração do Estado trouxe um ambiente cultural extremamente deletério, que aumentou a apatia e a desmotivação, destruindo o espírito de corpo dos servidores públicos.

Assim, nesse festival de esculhambação pública, generalização da corrupção no centro do poder, abuso de práticas ilegais, comportamento imperial e alterações institucionais profundas e sem nenhuma viabilidade técnica, o ambiente cultural da administração pública – que diga-se de passagem, nunca foi bom – tornou-se insustentável. O resultado de tudo isso foi a completa desarticulação e desagregação da administração pública, que intensificou e aprofundou o processo de perda de capacidade gerencial para formulação, planejamento, execução e fiscalização de políticas públicas.<sup>62</sup>

Com a vitória de Fernando Henrique Cardoso, ante o fenômeno da globalização afirmando-se irreversivelmente, e a perda de governança, operacionalidade e gerenciamento da Administração Pública, a reforma do Estado entra na agenda nacional. Marcelo Torres observa que a reforma do Estado entrou em pauta, muito menos por ela mesma, e muito mais pela premência imediata de reformar-se a Administração Pública, afirmando que em 1995, era consenso de que algo precisava ser feito neste sentido.<sup>63</sup> Apesar das dificuldades iniciais, a reforma administrativa abriu uma discussão sobre a forma e a natureza da ação estatal no Brasil.<sup>64</sup>

Em novembro de 1995, apresenta-se o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, contemplando objetivos que dotassem o Estado de maior governança.

A face mais visível desta Reforma, sem dúvida alguma é a Emenda Constitucional nº. 19, que alterou substancialmente os artigos 37 a 41; e a Emenda Constitucional nº. 20, que modificou a previdência. Foram também marcantes a Emenda Constitucional nº. 16, que permitiu a re-eleição, Emenda Constitucional nº. 18, que modificou a situação jurídica dos militares, com intuito de desvincular seus vencimentos dos servidores civis,<sup>65</sup> e a Emenda Constitucional nº. 23, que criou o Ministério da Defesa. Neste período, houvera outros marcos legais importantes, em forma de leis, que criaram a fisionomia atual do Estado Brasileiro.

<sup>62</sup> TORRES, 2004, p.170.

<sup>63</sup> TORRES, 2004. p.171.

<sup>64</sup> “A ampliação do conceito de público exige novos formatos organizacionais que garantam efetivamente a publicização do *modus operandi* do Estado [...]”. KEINET, 2000, p.92.

<sup>65</sup> Este fato criou uma grande onda de ações de servidores públicos, que pleitearam judicialmente aumento de 28,3% dado aos militares.



Dessa forma, é plenamente visível que a necessidade das reformas e a forma como se fizeram, foram as responsáveis pela atual configuração morfológica das Emendas Constitucionais. Independente da questão aqui em comento, no meio jurídico tais reformas nunca foram pacíficas e são inúmeros os ataques e acusações de inconstitucionalidades, quer formais, quer materiais; ora com desrespeito a matérias, ora com desrespeitos a formalidades legais ou trâmites regimentais do parlamento.

Certo é, no entanto, que tudo quanto se fez em linhas mestras, para a reforma do Estado, já estava previsto constitucionalmente desde o texto original.

Analisando o capítulo da ordem econômica, encontraremos no art. 173 da Constituição federal, todo o suporte legal necessário para muitas das mudanças que foram feitas, senão vejamos:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nestas Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.<sup>66</sup>

Portanto, se vê que a norma impôs que a não exploração de atividade econômica pelo Estado seria uma regra geral, excetuando-se os casos previstos na própria Carta Constitucional.<sup>67</sup> Portanto, o Estado deveria sair daquelas atividades que coubessem eminentemente aos particulares; diminuir o seu tamanho, concentrar-se mais nas atividades exclusivas do Estado, como administrar Justiça, saúde pública, educação pública e segurança.

O que se viu posteriormente, refletidos nas normas da reforma, foram os embates políticos/ideológicos, que muitas vezes trouxeram consequências indesejáveis, como a que aqui debatemos.

Assim é que, juridicamente, para concretizar este modelo, criaram-se marcos legais capazes de ultrapassar as barreiras do Estado monopolista e estatizador; abrir o mercado; transformar a economia numa economia de mercado; equilibrar finanças; contrariar interesses corporativistas e quebrar os paradigmas do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

Nem só de emendas constitucionais se fez a reforma do Estado brasileiro. Foram criadas muitas outras figuras, como o contrato de gestão; agências autônomas; agências executivas; organizações sociais; organizações da sociedade civil de interesse público. “A grande dúvida que recai sobre tais figuras diz respeito à sua lega-

<sup>66</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 38.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>67</sup> Cf. art. 21, da Constituição Federal de 1988.

lidade dentro do ordenamento jurídico nacional, uma vez que nem todas elas possuem previsão constitucional, mas apenas leis específicas que as instituíram”.<sup>68</sup>

### 3 Abordagem histórica do controle de constitucionalidade

Em países como o Brasil, dotados de Constituições escritas e rígidas, alterar o texto constitucional exige um processo legislativo próprio, distinto das demais normas.<sup>69</sup> Vigora o princípio da supremacia da Constituição em relação a outras normas, tratadas de infraconstitucionais.

Difere, portanto, do sistema de constituição flexível, em que toda a produção legislativa goza do mesmo *status*, ou seja, não há princípio de supremacia das normas constitucionais.

Muito importante marcar isto para a finalidade deste estudo, pois deve assentar-se que as Emendas Constitucionais, embora se agreguem ao texto da Constituição, são normas inferiores em relação a esta, e que pode ser objeto de questionamento da sua constitucionalidade, em vista de que não é norma constitucional originária, proveniente do Poder Constituinte originário, e sim, advinda do Poder Constituinte derivado, ou da função reformadora.<sup>70</sup>

Assim, neste sistema de Constituição flexível, diferente do nosso, não há possibilidade de atacarem-se judicialmente atos do legislativo por inconstitucionalidade. Dessa maneira, somente no sistema de Constituição rígida é possível que haja um controle de constitucionalidade como o concebemos.

Reproduziremos considerações bastante didáticas sobre controle de constitucionalidade:<sup>71</sup>

a) a noção contemporânea de controle de constitucionalidade das leis tem como pressuposto a existência de uma constituição do tipo rígida;

<sup>68</sup> CAL, 2003, p.43.

<sup>69</sup> “ ‘A constituição garante a sua estabilidade e conservação contra alterações aniquiladoras de seu núcleo essencial através de cláusulas de irrevisibilidade e de um processo ‘agravado’ das leis de revisão” . CANOTILHO, 2003, p.888/889.

<sup>70</sup> “No Brasil, tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal refutam a possibilidade de haver inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. Entende-se que não há normas constitucionais originárias ‘superiores’ e ‘inferiores’ [...] ‘Por último é importante enfatizar que a atuação do poder constituinte derivado está inteiramente sujeita ao controle jurisdicional, tanto concreto quanto abstrato. Com efeito, as emendas constitucionais podem ser declaradas inconstitucionais, tanto por vício formal quanto por vício material [...]’” . PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de Constitucionalidade**. 6.ed. Niterói: Impetus, 2007. p.06 e 208.

<sup>71</sup> PAULO; ALEXANDRINO. 2007. p.03.

- b) a rigidez da Constituição tem como consequência imediata o princípio da supremacia formal da Constituição;
- c) o princípio da supremacia formal da Constituição exige que todas as demais normas do ordenamento jurídico estejam de acordo com o texto constitucional;
- d) aquelas normas que não estiverem de acordo com a Constituição serão inválidas, inconstitucionais e deverão, por isso, ser retiradas do ordenamento jurídico;
- e) há necessidade, então, de que a Constituição outorgue competência para que algum órgão (ou órgãos), independente do órgão encarregado da produção normativa, fiscalize se a norma inferior está (ou não) contrariando o seu texto, para o fim de retirá-la do mundo jurídico e restabelecer a harmonia do ordenamento;
- f) sempre que o órgão competente realizar esse confronto entre a lei e a Constituição, estará ele efetivando o denominado 'controle de constitucionalidade'.

No controle de constitucionalidade repressivo<sup>72</sup> brasileiro, é possível notar o seu caráter complexo frente a outros sistemas, posto que adota o controle difuso, o qual possibilita a qualquer órgão do Poder Judiciário manifestar-se sobre a constitucionalidade de uma norma, quando provocado; quer o controle concentrado, praticado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).<sup>73</sup>

A Constituição de 1988 representa uma lenta e gradual mutação no controle de constitucionalidade, que passa pelo mero controle político, sem possibilidade de questionamento judicial, da Constituição de 1824 - a admissão do controle difuso ao caso concreto - até a inserção do controle concentrado e abstrato, e sua evolução, com vários instrumentos hoje existentes.

Constata-se a grande ampliação dos legitimados para a instauração do controle concentrado,<sup>74</sup> através da ADIn, inovando com esta ampliação; pois antes esta legitimidade cabia apenas ao Procurador-Geral da República.

<sup>72</sup> O controle preventivo tanto pode ser efetivado no âmbito do parlamento, quanto pelo Presidente da República, ao exercer o poder de veto sobre a norma. FERREIRA FILHO, 1999, p.38-9.

<sup>73</sup> "O sistema é o jurisdicional instituído com a Constituição de 1891 que, sob a influência do constitucionalismo norte-americano, acolhera o critério de controle difuso por via de exceção, que perdurou nas constituições sucessivas até a vigente. As constituições posteriores à de 1891, contudo, foram introduzindo novos elementos, de sorte que, aos poucos, o sistema se afastara do puro critério difuso com a adoção de aspectos do método concentrado, sem, no entanto, aproximar-se do europeu." SILVA, 1997, p.53-4.

<sup>74</sup> Cf. art. 103 da Constituição Federal de 1988.

A Carta atual estabeleceu novos instrumentos no âmbito do controle concentrado, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).<sup>75</sup> São legitimadas à sua propositura, os mesmos legitimados à ADIn.

Outra importante inovação diz respeito à elaboração do conceito e instrumentos, da inconstitucionalidade por omissão, em face da inércia do legislador face a uma exigência constitucional que impõe o poder/dever de legislar. Introduziu-se o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Em 1993, através da Emenda Constitucional de 17 de março de 1993, introduziu-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), com os mesmos legitimados à ADIn, permitindo-se que seja pleiteado ao STF declarar a constitucionalidade de uma norma federal.

Existe ainda a previsão, no art. 125, §2º, para que os Estados Federados instituem o controle direto de inconstitucionalidade de normas estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

O controle concentrado, portanto, ganhou um papel de relevo no Direito Constitucional pátrio a partir da Carta de 1988; quer pela ampliação dos instrumentos à disposição, quer pela ampliação dos legitimados para a propositura de tais atos.

Introduziu-se, também, a figura da inconstitucionalidade *pro futuro* na Lei 9.868/99 (regula a ADIn e ADC); que dá ao STF a possibilidade de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade; podendo fixar o início do termo de quando se opera os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Este é claro instrumento de política judicial, vez que, pela lógica pura e simples, a decretação de inconstitucionalidade deveria sempre, operar desde a vigência do ato inquinado de vício.<sup>76</sup>

<sup>75</sup> A ADPF é disciplinada pela Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999. CF. BRASIL. Presidência da República. **Lei nº. 9.882**, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2008.

<sup>76</sup> André Ramos Tavares, observa que “a atividade de um Tribunal Constitucional não se amolda – como pretendem alguns – ao modelo político-ideológico ou mesmo político-partidário, porque basicamente, seus contornos e limitações são absolutamente diversos daqueles presentes no contexto político.”. Expõe, ainda, amparado em Dalmo de Abreu Dallari que “os juízes exercem atividade política em dois sentidos: tanto por integrarem um dos poderes do Estado como por aplicarem normas jurídicas, que são necessariamente políticas. Além disso, acentua o autor, os juízes, como cidadãos, exercem o maior dos direitos políticos, que é o voto, o que inegavelmente demonstra que possuem convicções políticas pessoais, não se revelando como entes ‘apolíticos’”. TAVARES, 2003, p.208 e 211-2.

Com a Emenda Constitucional nº. 45, de 08/12/2004, tivemos mais inovações no que tange ao controle de constitucionalidade, com a ampliação dos legitimados no art. 103 para a ADIn e ADC;<sup>77</sup> criação da súmula vinculante do STF e exigência do requisito da “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” para admissibilidade do recurso extraordinário.

#### 4 Limites da reforma constitucional

No que tange aos limites da reforma constitucional, há limites que são explícitos e tantos outros que são implícitos,<sup>78 79</sup> o que é de vital importância para a identificação de tais limites, para a verificação da ocorrência de uma inconstitucionalidade.

Os limites explícitos correspondem àqueles previstos constitucionalmente, em que se proíbe de modo taxativo a incidência da competência reformadora sobre eles. A Carta de 1988 instituiu estes limites no § 4º do art. 60.

Canotilho, assevera que:

Limites expressos ou textuais são os limites previstos no próprio texto constitucional. As constituições selecionam um leque de matérias, consideradas como o cerne material da ordem constitucional, e furtam essas matérias à disponibilidade do poder de revisão.<sup>80</sup>

Do ponto de vista histórico, a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, já dispunha de cláusula de limitação material ao poder de reforma, no entanto, apenas nas constituições promulgadas a partir do pós II Grande Guerra, é que generalizou-se a instituição das cláusulas de intangibilidade. Hoje este princípio constitui-se em regra, e a mais importante exceção é a Constituição espanhola de 1978.<sup>81</sup>

As cláusulas pétreas, além de elemento à estabilidade constitucional, servem também como elemento de contenção de poder do Estado.<sup>82</sup> Tais cláusulas estiveram presentes em todas as nossas

<sup>77</sup> Os incisos IV e V do art. 103, incluindo a Mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal e Governador de Estado ou Distrito Federal, como legitimados a propor ADIn e ADC.

<sup>78</sup> SILVA, 2000, p.92.

<sup>79</sup> TAVARES, 2003. p.925-6.

<sup>80</sup> CANOTILHO, 2003. p.1064.

<sup>81</sup> SILVA, 2000. p.95.

<sup>82</sup> Reconhece-se hoje, que mesmo o Poder Constituinte originário, tem limitações no conceito do que se chama de constituição material, que diz que a constituição escrita, decorre da constituição já existente, num processo evolutivo histórico, que não significa o rompimento com toda a ordem jurídica instituída. TAVARES, 2003. p.39.

Constituições do período republicano,<sup>83</sup> exceto a de 1937, à vista de todos os comentários já tecidos aqui sobre a mesma, pela sua inspiração totalitária.

A Constituição de 1988, no § 4º de seu art. 60, não somente modificou, como também ampliou o rol das cláusulas pétreas existentes no contexto histórico:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I – (*omissis*)

II – (*omissis*)

III – (*omissis*)

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais." <sup>84</sup>

Os limites explícitos à emenda da Constituição no Direito nacional, se não demandam extraordinárias dificuldades em serem identificados de imediato, necessitam hoje ser abordados num contexto hermenêutico mais complexo do que o contexto literal; mesmo porque, há margens a interpretações do que possa vir ocasionalmente a implicar contrariedades a estes limites.

Exemplifiquemos, pois, no âmbito dos direitos e garantias individuais, o amplo debate causado pelo advento da Lei Complementar nº. 105/2001, que supostamente quebra a garantia de inviolabilidade da vida privada e intimidade, inserida num contexto de suposta violação do sigilo bancário. São questões, portanto,

<sup>83</sup> A Constituição de 1824, do período imperial não tinha expressado estes limites, no entanto, conforme já comentamos neste trabalho, o Direito Constitucional àquele tempo, emprestava, por si só, uma grande estabilidade, quase imutabilidade, ao texto constitucional original, sendo de grande dificuldade e demora uma reforma no mesmo; em que pese, que do ponto de vista teórico, esta é a única Constituição Brasileira considerada semi-rígida; pois nem todas as suas matérias eram consideradas constitucionais, na conformidade de seu art. 178.

<sup>84</sup> Bem de observar-se que não foi mantido no atual texto, a manutenção da República como cláusula pétrea. O fato explica-se em vista de que, no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, previu-se que em 07 de setembro de 1993, o povo seria chamado a optar 'através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no país'. Em que pese esta omissão, desde que o povo brasileiro, em plebiscito, optou pela forma republicana, sou da opinião que isto está protegido hoje, por cláusula pétrea, sob pena de invalidar-se o plebiscito. Outrossim, é visível, no processo histórico dos limites explícitos, a proteção à república.

que parecem certas e indúvidas apenas e tão somente na letra fria da lei e que estão a exigir do operador do direito um constante esforço hermenêutico para identificar estes limites, num tempo em que se descortina o pós-positivismo e a constante ponderação de determinados valores, interesses e postulados do Direito frente a questões que pareciam secularmente asseguradas.<sup>85</sup>

A propósito, não poucas vezes, no âmbito da reforma do Estado brasileiro, invocou-se a lembrança dos limites explícitos, principalmente a questão dos direitos e garantias individuais, como ocorreu, por exemplo, na reforma da previdência.

Desse modo, afigura-se que, conquanto haja previsão expressa, nos limites explícitos, a tarefa de identificar a violação ao caso concreto, via de regra, tem sido tão árdua, que se aproxima mesmo tal ato, da complexidade de identificar os próprios limites implícitos.<sup>86</sup>

No que tange aos limites implícitos, vejamos a lição de Just:

A tarefa inicial de localizar os limites do poder reformador torna-se particularmente problemática quando se cogite da existência de outros limites além daqueles que a constituição expressamente define como tais.

A indagação acerca de limites implícitos surge atualmente em toda parte, mesmo diante de textos constitucionais providos de catálogos extensos de limites expressos. Os argumentos invocados para sustentar a existência das limitações implícitas prendem-se ou a considerações relacionadas estritamente com a ordem constitucional em questão ou à concepção teórica que se tenha da constituição e do poder de reformá-la. No primeiro caso os limites implícitos podem ser extraídos da literalidade de partes do texto constitucional estranhas

<sup>85</sup> Na obra de Lucas Borges de Carvalho, há magistral passagem no Capítulo I, chamada 'Adeus ao Positivismo Jurídico', em que expõe com magistral clareza a consumação da visão positivista do Direito, tendo como fio condutor de suas análises, a teoria de Ronald Dworkin, segundo a qual, 'conceitua o direito como uma prática interpretativa e argumentativa; afirma que o direito é composto tanto por regras como por princípios ou, ainda, tanto por direitos jurídicos como por direitos morais; nega a tese positivista da discricionariedade judicial; e defende que os juízes devem, mesmo nos casos difíceis, buscar a resposta correta.'. Cf. CARVALHO, 2007. p.34.

<sup>86</sup> Vide exemplo da nota de pé de página anterior, sobre ser ou não a forma de república um limite ao poder de emendar, embora não conste expressamente o mesmo, pelas razões abordadas. No mínimo, penso que nasce daí um limite implícito, quer pelas razões legais de respeito a um ato de soberania popular – o plebiscito - exercida diretamente; quer pelas razões históricas de que esta garantia sempre constou no rol das cláusulas pétreas de todas as constituições republicanas anteriores, exceto a de 1937, derivada de uma brutal ditadura.

ao dispositivo que prevê os limites expressos ou do contexto histórico da instauração da nova ordem.

Autores de variadas orientações teóricas têm desenvolvido a ideia de que as limitações materiais são imanentes à reforma constitucional. A existência dos limites independeria de sua expressa proclamação: estariam implícitos, se não fossem declarados.

O caráter limitado do poder reformador é uma decorrência necessária da concepção de constituição própria do Estado constitucional e democrático, ou pelo menos da concepção de constituição que torna possível à ciência jurídica enquanto saber normativo a abordagem racional das ordens concretas às quais se atribua aquela qualificação. Mais especificamente, os limites decorrem da função da constituição como instrumento de contenção do poder estatal e da consequente noção de supremacia constitucional.<sup>87</sup>

A formulação inicial da ideia de limites implícitos deve-se a Schmitt que, citado por Just, assevera que “no marco de uma regulação legal-constitucional não pode haver faculdades ilimitadas; toda competência é limitada”.<sup>88</sup>

Diz Just, citando a lição de Schmitt, que é a distinção, na sua teoria, entre Constituição e lei constitucional que lhe permite definir a identidade da Constituição. As decisões políticas fundamentais, que são Constituição em sentido positivo, não se sujeitam à reforma. Podem ser reformadas as “leis constitucionais”; ou seja, os dispositivos que não venham a afetar a decisão consciente e de totalidade sobre a forma da existência política. Modificar tal decisão significa alterar a identidade da constituição, configurando-se a sua destruição ou supressão, e não reforma.

## 5 Contexto atual do problema

Em que pesem os limites explícitos que constam da Carta de 1988, os implícitos informados pela doutrina e o grande aparato de controle de constitucionalidade disponível, não tem sido o suficiente para evitar que o legislador brasileiro tenha adotado comportamentos que levaram a emendas constitucionais esdrúxulas, de forma sistemática e reiterada, e que parece já terem se incorporado com ares de normalidade ao panorama legislativo brasileiro, pois o dia-a-dia tem demonstrado aos operadores do Direito a hercúlea dificuldade em expulsar do ordenamento jurídico tais normas.

---

<sup>87</sup> SILVA, 2000. p.105-6.

<sup>88</sup> SCHMITT *apud* SILVA, 2000. p.107.



O ilustre jurista Hélio,<sup>89</sup> assim assevera:

Em final pontuação, é preciso que o legislador não se esqueça de que, no regime constitucional brasileiro, tem apenas o poder constituinte derivado. Isso porque mediante emendas não se pode desmanchar, como se pretende, um arcabouço institucional construído pelo poder constituinte originário.

Há, destarte, que perseguir, no que respeita à reforma da Constituição, a preservação de seu espírito, que ademais é incompatível com o novo desenho de Estado que as alterações propostas pretendem impor. E, sobretudo, sem arranhar o processo de tramitação, que não pode '*data venia*' ser aberto como se tratasse da tramitação de leis ordinárias.

No mesmo sentido, a lição de Tavares:<sup>90</sup>

O poder constituinte derivado, por sua vez, designa a parcela de competência atribuída ao próprio corpo legislativo encarregado de elaborar as leis em geral, por meio da qual se confere a faculdade de modificação da Lei Magna. Aqui devem ser observadas certas limitações. Trata-se, portanto, de poder limitado, previsto pela própria constituição, e por ela regulado. Não é inicial, autônomo ou incondicionado. Não por outro motivo deve ser considerado como poder constituído.

O fato tratado nesta monografia, a morfologia atípica das emendas constitucionais, não passa despercebido:

Recentemente – à semelhança do que já vinha fazendo com o beneplácito de todos, o constituinte derivado achou por bem dispor, nas Emendas Constitucionais nos. 19 e 20, de dispositivos complementares às emendas propostas ao corpo da Carta Política Federal, minudenciando os assuntos ali contidos e modificadores do texto constitucional.

Tal prática vem se verificando desde a EC no 2, de 1992, que dispôs sobre o plebiscito previsto no art. 2º do ADCT e realizado a 21 de abril do ano seguinte, tratando, em sede de emenda constitucional, de matéria infensa ao seu objetivo, e tratável a nível de legislação infraconstitucional regulamentadora do assunto.<sup>91</sup>

<sup>89</sup> BICUDO, Hélio. **Emendas Constitucionais e sua apreciação**. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/const5.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2008.

<sup>90</sup> TAVARES, 2003. p.47-8.

<sup>91</sup> MARTÍNEZ, José Maria de S. Emendas inconstitucionais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=138>>. Acesso em: 21 fev. 2008.

Vê-se, assim, que há um descompasso, um desequilíbrio profundo, uma total falta de adequação e proporcionalidade<sup>92</sup> nos meios usados para os fins perseguidos, pois tendo havido eventualmente a necessidade de reforma constitucional, frente a algum problema, por certo já se denota que a inadequação dos meios deixou desprotegidos outros muitos interesses agasalhados pela ordem jurídica, contidos nos limites explícitos ou implícitos ao poder de emendar.

Vimos que, por variados percalços históricos, e também pela adoção do modelo globalizante, no novo jogo de forças do mundo, havia a necessidade da reforma do Estado brasileiro. Questionáveis foram os meios desmesurados, sobejantes, e a desproteção causada a interesses antes abrigados:

Estudo realizado na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH) da USP mostra quais foram os mecanismos institucionais e os instrumentos de decisão política que o governo federal utilizou para implementar sua agenda política e qual a importância deles na concretização dessa agenda. A pesquisa, realizada por Cláudio Gonçalves Couto, tomou como base a política fiscal do Presidente Fernando Henrique Cardoso, de janeiro de 1995 a maio de 2000. 'Grande parte das políticas fiscais foram realizadas por meio de emendas constitucionais e tiveram uma importância considerável para o cumprimento da agenda do governo FHC', afirma o pesquisador.

Segundo Cláudio Couto, trata-se de um caso único na América Latina, pois em nenhum outro país as reformas econômicas foram realizadas por meio de emendas constitucionais. Ele relata que foram aprovadas de janeiro de 1995 a maio de 2000, um total de 28 emendas. 'É um número absurdo quando comparado a países como os Estados Unidos. Lá, de 1795 a 1992, foram aprovadas 17 emendas', diz. Couto salienta que essas duas Constituições apresentam textos muito diferentes. 'No americano, são enunciados os princípios gerais de organização do sistema político e os direitos fundamentais. No brasileiro, são relatadas minúcias de políticas públicas', explica. 'Nesse sentido, o problema não está em emendar muito a Constituição, mas a necessidade de fazer isso'.

[...]

As privatizações, a reforma administrativa do setor público, a reforma previdenciária e uma outra série de políticas foram implementadas por meios de PECs. Para Couto, o grande número de emendas é negativo, pois é um indicativo do grau de dificuldade que existe para

<sup>92</sup> CANOTILHO, 2003. p.270.

governar o país. Por outro lado, vulgariza a Constituição, que pode ser constantemente modificada.<sup>93</sup>

## 6 O problema frente à Lei Complementar 95/98

Além de todos os aparatos dos limites constitucionais, existe a Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998. Em singela instância, a Lei Complementar 95 diz como se devem elaborar leis, inclusive as emendas constitucionais.

Vejamos o quanto consta do art. 7º, I e II da referida norma:

Art. 7º. O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:

I – excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;

II – a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;

Ante tantas, constantes e reiteradas evidências, é patente que o legislador nacional simplesmente abandonou os preceitos normativos acima, no momento de elaborar as emendas constitucionais.

Evidentemente que, tanto quanto os arts. 59 a 69 da Constituição Federal, a Lei Complementar 95/1998 integra o processo legislativo, posto que prevista a sua elaboração no art. 59, parágrafo único, da Carta de 1988.

Vejamos a lição de Moraes:

O respeito ao devido processo legislativo na elaboração das espécies normativas é um dogma corolário à observância do princípio da legalidade, consagrado constitucionalmente, uma vez que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada pelo Poder competente, segundo as normas de processo legislativo constitucional.

O desrespeito às normas de processo legislativo constitucionalmente previstas acarretará a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado.<sup>94</sup>

<sup>93</sup> DIAS, Valéria. **Emendas Constitucionais, governabilidade e democracia no governo FHC**. USP notícias. São Paulo, 12 de agosto de 2002. Disponível em: <<http://www.usp.br/agenciausp/repags/2002/pags/194.htm>>. Acesso em 16 dez. 2007.

<sup>94</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p.1073-4.

Mais incisiva ainda, a lição de Canotilho:

As leis constitucionais (=leis de revisão constitucional) podem ser inconstitucionais por violarem as normas reguladoras do processo de revisão bem como as normas fixadoras dos limites materiais e temporais da revisão. Consequentemente, podem constituir objecto de controlo da constitucionalidade segundo os princípios gerais da fiscalização das normas primárias.<sup>95</sup>

O mau exemplo em não seguir estes preceitos, todavia, vem da própria Lei Complementar 95/1998 que, devendo regular e zelar a observância do devido processo legislativo, tolera solenemente o seu descaminho quando preleciona no art. 18 que “eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular, não constitui escusa válida para seu descumprimento.”

Contém em si, o referido dispositivo, o paradoxo absurdo de, por inteligência indireta, indicar claramente que uma “eventual” inexatidão formal na elaboração da norma, não incide em irregularidade do processo legislativo.

Com estes controvertidos aspectos da Lei Complementar 95/1998 – importante peça da engrenagem do processo legislativo - é fácil ver que, no mínimo, há legalmente estatuída uma tolerância, uma permissividade com o que ocorre hoje com as emendas constitucionais. Ergue-se aos operadores do Direito, uma dificuldade, um verdadeiro muro a ser transposto, quando pretenderem invocar de ser uma mera anomalia, desconformidade de uma norma inferior, até uma inconstitucionalidade.

## 7 O fato frente à jurisprudência. Considerações

Até o presente, o STF apenas por uma única vez declarou a inconstitucionalidade de uma Emenda Constitucional. Tratava-se da ADIn 939, que teve por objeto a Emenda Constitucional nº. 3/93, que criou o Imposto Provisório Sobre Movimentação Financeira (IPMF), cujo relator foi o Ministro Sydney Sanches.

A inconstitucionalidade foi declarada, em vista da afronta ao princípio da anterioridade (art. 150, III, “b”) e imunidade recíproca entre os entes federativos (art. 150, VI, “a”).

O ponto de partida foi a ADIn 926-5, proposta por Governadores de Estados, onde se questionou a constitucionalidade do IPMF, no que tange ao princípio da imunidade recíproca. O Relator, Min. Sydney Sanches, concedeu liminar, suspendendo a eficácia da nor-

<sup>95</sup> CANOTILHO, 2003. p.935.

ma atacada. Este julgamento foi estendido na decisão dada na ADIn 939-7, impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio.

Embora bastante diverso do caso ora em análise no presente trabalho, o presente caso teve importante precedente ao reconhecer limites implícitos ao poder de reformar, para além do que diz o art. 60, da Constituição Federal. Senão vejamos da lição de Just:

O STF julgou, por maioria, parcialmente procedente a ação por considerar que tanto o princípio da anterioridade como a imunidade de que trata o art. 150, VI, alíneas 'b', 'c' e 'd' constituem direito ou garantia individual, bem como que a imunidade recíproca é um elemento essencial à forma federativa de Estado.<sup>96</sup>

No mesmo sentido, a lição de Carvalho:

Com esse entendimento, a Corte assentou a interpretação de que os direitos e garantias individuais – reconhecidos como cláusulas pétreas e, nesse sentido, protegidos inclusive das alterações propostas por emenda constitucional – não se limitavam àqueles previstos no rol do art. 5º, mas incluíam também, tal como decidido no caso, as garantias do contribuinte perante o poder estatal de tributar. Nas palavras do Min. Carlos Velloso, 'direitos e garantias individuais não são apenas aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição' (ADIN 939, p.164). No mesmo sentido, o Min Celso de Mello salientou que as imunidades tributárias previstas no art. 150, VI, destinam-se a 'conferir efetividade a determinados direitos e garantias fundamentais reconhecidos e assegurados às pessoas e às instituições', tais como as liberdades de expressão, de consciência, de associação e de culto. A EC 03/93 era, assim, inconstitucional na medida em que comprometia, 'pela ação tributante do Poder Público, o exercício desses direitos fundamentais' (ADIN 939, p.169).<sup>97</sup>

Esta então, a única oportunidade em que o STF pronunciou a inconstitucionalidade de uma Emenda Constitucional, malgrado vejamos indícios de que as há em abundância e de tendência sempre crescente, quer pelos motivos tratados neste trabalho, quer por diversos outros.

Como já dito, no entanto, foi importantíssimo este precedente da declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº. 3/93, para assentar-se o cristalino entendimento de que há

<sup>96</sup> SILVA, 2000. p.260-1.

<sup>97</sup> CARVALHO, 2007. p.211.

limites ao poder de reforma que, ou estão espalhados pela Constituição, ou devem ser compreendidos como limites implícitos. Lamentavelmente, como bem observa Carvalho, esta decisão foi apenas algo distinto na linearidade da maneira de decidir do STF:

Por mais que a Corte tenha se aproximado, nesta decisão, de um modelo de democracia constitucional substantiva, assentado na garantia das cláusulas pétreas, trata-se, ainda, de uma postura tímida, isto é, não revelada de modo expresso e aberto. Dito de outro modo, a decisão não definiu, nem consagrou, de maneira efetiva, qual a interpretação de democracia mais adequada ao regime constitucional de 1988. A ausência – ou, mesmo, a fragilidade dessa argumentação é o que permite a Corte adotar uma estratégia pragmática, oscilando, sem a devida justificação, entre posicionamentos antagônicos.<sup>98</sup>

O autor assevera que deve ainda o fato ser olhado, considerando que se trata de uma questão de fundo tributário, em que o STF é mais suscetível à adoção de posicionamentos contra-majoritários.

Desse modo, não se deve esperar do STF o remédio para os males que assolam nosso sistema jurídico, tanto mais sendo um Tribunal dado a decisões, não raras vezes, políticas.

Nada indica que o STF seria menos pragmático e menos político em uma análise de Emenda Constitucional, em que se apontasse o fato, objeto deste trabalho – morfologia imprópria das mesmas - mesmo porque, todas as Emendas que dizem respeito ao caso, estão intimamente ligadas às reformas do Estado e mudança da sua estrutura jurídica.

Apontar a inconstitucionalidade de qualquer destas emendas problemáticas implicaria fazer desmoronar os alicerces sobre os quais se assenta, hoje, o nosso edifício jurídico e o próprio Estado; seria fazer com que voltássemos praticamente ao *status* de pouco depois da promulgação da Carta de 1988. Seguramente seria um caso fantástico de inconstitucionalidade por arrastamento,<sup>99</sup> em vista da grande interdependência que muitas normas das reformas guardam entre si, e correlatamente, a muitas leis complementares e ordinárias que as regulamentam. Seria, acreditamos, um efeito dominó que causaria um vácuo de governabilidade, com a perda de instrumentos e estruturas gerenciais que se tem hoje, e que dotaram o país de maior governança – é fato reconhecer.

<sup>98</sup> CARVALHO, 2007. p.213.

<sup>99</sup> PAULO; ALEXANDRINO, 2007. p.114-5.

Há portanto, relativa certeza de que, num horizonte de tempo razoavelmente longo, não haverá sobressaltos no que tange à maneira de decidir do STF e, conseqüentemente, não se vislumbra qualquer possibilidade de corrigir-se o problema das emendas aqui apontado; basicamente por uma questão claramente identificável de não se destruir o próprio Estado, ainda que ao custo de manterem-se agasalhadas na ordem jurídica modificações que implicaram inconstitucionalidades; ultrajes a direitos e garantias constitucionais e limites explícitos e implícitos à função revisora que, pouco a pouco, mantidos na ordem jurídica, se perpetuam e criam uma tendência de abolir determinados limites e princípios, que é o que ora está a ocorrer.

Sobre isto, assim diz Just:

Um princípio-limite pode ser abolido instantaneamente ou mediante deterioração gradual, o que, aliás, decorre da própria sujeição dos princípios a diferentes níveis de concretização. A proibição de deliberar proposta de emenda tendente à abolição reconhece esse caráter dos princípios e reforça a conclusão de que:

Está proibida tanto uma reforma que simplesmente abula o princípio quanto uma outra que não implique a sua abolição mas que se oriente nesse sentido;

Em consequência, não é apenas o ponto – de resto insuscetível de delimitação precisa – imediatamente anterior ao da abolição que se caracteriza a reforma ilícita;

A diferença entre a reforma que significa deterioração gradual do princípio (implicando tendência à sua abolição) e uma outra que seja apenas expressão da legítima e necessária elasticidade dos princípios não depende da demarcação rigorosa de um conteúdo essencial, e sim de um juízo quanto ao sentido finalístico que se possa atribuir ao processo de que faça parte a reforma questionada.<sup>100</sup>

Na lição de Tavares,

A feição constitucional do País pode ser modificada sem que isso demande a substituição de toda a Constituição. Evidentemente, contudo, que a alteração promovida via reforma não poderá alcançar toda a Constituição, com mudança de seus valores basilares.<sup>101</sup>

<sup>100</sup> SILVA, 2000. p.250-1.

<sup>101</sup> TAVARES, 2003. p.923.

## Conclusão

Ante tudo quanto exposto anteriormente é que, tanto pela quantidade, quanto pela qualidade e forma das reformas feitas por meio, principalmente, de Emendas Constitucionais, pouco a pouco estão sucumbindo o espírito, os valores norteadores originários da Carta de 1988, de um modo tão marcante e profundo, que embora em tese, tenha havido preservação das cláusulas pétreas (§4º, art. 60 da Constituição Federal), num sentido estritamente literal, por certo já se rompeu com o sentido histórico de constituição material existente naquele texto original de 1988.

Particularmente, em relação ao problema colocado no presente trabalho – morfologia das emendas constitucionais, com artigos próprios – não se pode concluir senão pela inconstitucionalidade. Senão vejamos:

Embora se admita, como se viu neste trabalho, na lição de Afonso Arinos,<sup>102</sup> que há matérias constitucionais constantes de outras leis,<sup>103</sup> isto não quer dizer, na forma como se estrutura o Direito Constitucional pátrio, que se possa admitir este fato em uma emenda constitucional, posto que a Constituição é escrita e rígida ou, ainda, super-rígida ou hiper-rígida, segundo Tavares, citando Moraes.<sup>104</sup>

Assim, uma coisa é haver temática constitucional em uma lei, outra, é admitir-se que este sistema fechado, como é a nossa Constituição, venha a admitir, repentinamente, a inserção de elementos que façam parte dela, mas que não estão inseridos no seu texto original, apesar de tratar-se de artigos de emendas constitucionais, como se fosse possível falarmos de um Direito Constitucional extravagante, extra-código – representado este pela Constituição. Em outras palavras, tratamos de normas que estão em um verdadeiro limbo jurídico, que fazem parte de uma emenda constitucional, mas não se integram à Constituição e, ainda assim, lhe alteram profundamente o sentido e a interpretação.

Embora formalmente a emenda seja uma lei – lei constitucional – a sua função é, conforme diz seu nome, emendar, incorporar-se, integrar-se por inteiro ao corpo de normas codificadas – Constituição – originalmente existente. Não é possível, portanto, formalmente, a convivência da Constituição com as emendas que tenham a forma aqui tratada.

---

<sup>102</sup> Cf. nota 25.

<sup>103</sup> Cf. Lei nº. 5.249, de 09 de fevereiro de 1967, que trata da ação de crimes de responsabilidade, matéria eminentemente constitucional. BRASIL. Presidência da República. **Lei nº. 5.249**, de 09 de fevereiro de 1967. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 18 jan. 2008.

<sup>104</sup> Cf. nota 2.



É visível que houve um rompimento com a Constituição em sentido material, com todo o enlevo, cadenciamento histórico e doutrina pátria, a respeito do que sempre se entendeu ser uma emenda constitucional, que passou a apresentar esta sistemática de artigos próprios, a partir da Carta de 1988, sem que haja qualquer previsão expressa ou implícita disso; há apenas a tolerância e o obsequioso silêncio daquele que deveria guardar a constituição – o STF.

Creemos que neste aspecto, houve um flagrante desrespeito a limites implícitos ao poder de reforma, quer pelo desrespeito à Constituição em sentido material, quer pelo desrespeito ao próprio texto vigente, em vista de que arroga-se o legislador a interpretar a própria emenda e sua interação com a Constituição; alterando-lhe o sentido e arrebatando o papel interpretativo histórico da mutação constitucional.<sup>105</sup>

Há, ainda, o flagrante desrespeito ao devido processo legislativo; em vista de que, as questões minudenciadas em artigos próprios, dizem respeito a temáticas que deveriam ser tratadas em normas de outra natureza, mas não numa emenda constitucional.<sup>106</sup>

Portanto, a existência de dispositivos próprios em uma emenda constitucional, inapelavelmente, é caso de inconstitucionalidade.

A conclusão, portanto, a que chegamos, sobre a inconstitucionalidade das Emendas Constitucionais, com esta nova morfologia, não põe, todavia, um ponto final no que quer que seja, nem dá todas as respostas. Antes, procura ser um ponto de partida para a complexidade do fenômeno.

A conclusão obtida foi praticamente inevitável, sob a ótica e o prisma do sistema constitucional que temos e do positivismo que ainda nos domina, o qual deu “régua e compasso” para esta análise.

Não escapa, todavia, à nossa compreensão, que estamos numa era de transições para o que por ora chamamos de pós-positivismo, o qual apenas começa a se descortinar diante de nós. O mundo de hoje e as relações humanas de toda ordem, mudam numa velocidade vertiginosa, para os padrões do Direito ainda vigente. A exigência de imediatidade das coisas hoje, ante o fenômeno da globalização, não consegue encontrar as necessárias respostas na formalidade do Direito. O fenômeno sociológico, enfim, está modificando e moldando um novo Direito a um novo mundo que já está posto. Estamos em busca de novos parâmetros, princípios e valores.

<sup>105</sup> Cf. nota 22.

<sup>106</sup> Assunto abordado no tópico “O problema frente à Lei Complementar 095/98”.

O Direito positivado, quando muda firmemente, como vem mudando o nosso em duas décadas, apenas tenta acompanhar a velocidade dos fenômenos sociais, adaptar-se a eles, dar alguma resposta. “Modernizar o País não é tarefa própria do Direito e, muito menos, dele exclusiva. As leis podem facilitar ou impedir o desenvolvimento, mas não podem ‘decretá-lo.”<sup>107</sup>

Atualíssima a lição de Tovar:

A queda do Positivismo coincide com uma época em que o homem passou a se preocupar mais com os direitos sociais, atribuindo uma dimensão superior à necessidade de se solucionar conflitos independentemente das leis, viu-se que não é sempre que a lei é legítima, ou seja, que a norma corresponde à vontade social. A estimulação exasperada à lei fria, consequentemente, passou a granjear justas críticas, encontrando no Brasil defensores da irrestrita relação entre diferentes elementos: o fato social, o valor, e, é óbvio, a norma jurídica (Miguel Reale e outros).

[...]

A superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso do Positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O Pós-Positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica Constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais, e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e ética.<sup>108</sup>

Não sabemos, em termos jurídicos, aonde vamos parar, mas o fato aqui estudado, ainda pela ótica positivista de uma Constituição rígida e escrita, mas já compreendendo no pós-positivismo as razões jurídicas de sê-lo assim, em virtude dos novos regramentos do mundo, demonstra toda a sintomatologia de que estamos rompendo com a ordem jurídica secular e historicamente estabelecida; e carecemos de novas regras no jogo constitucional, para validar e melhor compreender o fato ora em tela.

<sup>107</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Aspectos Jurídicos do Brasil Contemporâneo – O Pós-Positivismo Chega ao Brasil. Inaugura-se um Constitucionalismo de Transição. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado**. n. 06, Salvador-BA, jun./jul./ago. 2006. p.07.

<sup>108</sup> TOVAR, Leonardo Zehuri. O papel dos princípios no ordenamento jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em: 10 fev. 2008.

Talvez careçamos de uma nova Constituição, ou uma profunda reforma na existente, aproveitando os ensinamentos da hermenêutica, da mutação constitucional acumulados ao longo destes vinte anos; ou estaremos talvez, fadados a vivermos um constitucionalismo conflitivo com uma abordagem nova, posto sobre um suporte de regras antigas. Precisamos nos livrar do entulho posto no acúmulo de matérias postas na Carta, e que não têm relevância constitucional. Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta que as opções inadequadas da Carta de 1988, são uma das fontes de crise do país.<sup>109</sup>

Como operador do Direito, no entanto, ainda que compreendendo o fato ora em tela nas suas outras abordagens e as razões e causas para a ocorrência do mesmo, ante as regras do jogo de que dispomos hoje, numa abordagem puramente jurídica, não cabe apontar, ainda, em outra direção senão a inconstitucionalidade.

## Referências

- AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2008
- BICUDO, Hélio. **Emendas Constitucionais e sua apreciação**. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/const5.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2008.
- BIERSTEKER, Thomas J. O 'triunfo' da economia neoclássica. **Coletânea Governança sem Governo** – ordem e transformação na política mundial, Editora UNB, 2000.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 38.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRASIL. Presidência da República. **Lei Complementar nº. 101**, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2008
- \_\_\_\_\_. **Lei nº. 5.249**, de 09 de fevereiro de 1967. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 18 jan. 2008.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº. 9.882**, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2008
- \_\_\_\_\_. **Lei nº. 9.984**, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacio-

<sup>109</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e Governabilidade** – Ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995. p.39.

nal de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2008.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 1989

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003

CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição Constitucional & Democracia – Integridade e Pragmatismo nas Decisões do STF**. Curitiba: Juruá, 2007.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico**. Curitiba: Juruá, 2000.

DIAS, Valéria. **Emendas Constitucionais, governabilidade e democracia no governo FHC**. USP notícias. São Paulo, 12 de agosto de 2002. Disponível em: <<http://www.usp.br/agenciausp/repags/2002/pags/194.htm>>. Acesso em 16 dez. 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e Governabilidade – Ensaio sobre a (In)governabilidade brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 1999

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista Forense, 1958, v. II, n. 148

FURTADO, Celso. **Transformação e crise na economia mundial**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006.

KEINET, Tânia Margarete Mezzomo. **Administração pública no Brasil – crises e mudanças de paradigmas**. São Paulo: FAPESP, 2000.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. **A Constituição Federal de 1967 Comentada**. Rio de Janeiro: José Konfino, tomo I, v. II, 1967.

MARTÍNEZ, José Maria de S. Emendas inconstitucionais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=138>>. Acesso em: 21 fev. 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 5.ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1951.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Aspectos Jurídicos do Brasil Contemporâneo – O Pós-Positivismo Chega ao Brasil. Inaugura-se um Constitucionalismo de Transição. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado**, n.06, Salvador-BA, jun./jul./ago. 2006.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de Constitucionalidade**. 6.ed. Niterói: Impetus, 2007.

ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. **Coletânea Governança sem Governo – ordem e transformação na política mundial**. Brasília: UNB, 2000.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, v. XVII, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O papel dos princípios no ordenamento jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em: 10 fev. 2008.

ZACHER, Mark W. Os pilares em ruína do templo de Vestfália. **Coletânea Governança sem Governo** – ordem e transformação na política mundial. Brasília: UNB, 2000.



# Considerações sobre a Lei 7492/86: balizas dogmáticas e constitucionais aos crimes de perigo abstrato

**Bruno Queiroz Oliveira**

*Advogado da Caixa no Ceará*

*Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela  
Universidade Estácio de Sá/RJ*

*Mestre em Direito Público pela Universidade  
Federal do Ceará*

*Professor de Direito Penal na Faculdade Christus e no  
Programa de Pós-Graduação em Direito Penal e  
Processo Penal da Escola Superior do Ministério  
Público do Ceará*

## RESUMO

Estudo breve sobre os aspectos controvertidos em relação à Lei 7492/86 e os crimes nela previstos. O artigo analisa a importância do bem jurídico tutelado (Sistema Financeiro Nacional) e os equívocos praticados pelo legislador ao criar tipos penais abertos e de perigo abstrato, com grave ofensa aos princípios limitadores do direito penal.

Palavras-chave: Sistema Financeiro Nacional. Perigo Abstrato. Bem Jurídico. Princípios Limitadores do Direito Penal.

## ABSTRACT

Brief study about the controversial aspects to the 7492/86 law and the crimes foreseen on it. The essay analyses the significance of the legal ward belonging (National Financial System) and the mistakes made by the lawmaker on creating open criminal types and of abstract danger, with serious offense to the limiting principles of the criminal law.

Keywords: National Financial System. Abstract danger. Legal belonging. Limiting principles of the criminal law.

## Introdução

Há 23 anos, entrou em vigor a Lei 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional. O objetivo da lei era tutelar a estabilidade do sistema financeiro, bem jurídico de cunho supra-individual, justamente porque interessa a toda coletividade.

O então novo diploma pretendia reprimir as condutas lesivas ao Sistema Financeiro Nacional, compreendido como estrutura jurídica fundamental ao pleno desenvolvimento da Nação. Decorridas mais de duas décadas, percebe-se que a lei não cumpriu os seus objetivos. Infelizmente, não foi feliz o legislador na criação dos tipos penais de perigo abstrato. Além disso, a ausência de boa técnica legislativa, em diversos tipos penais, tornou impossível o objetivo da legislação.

A Carta Magna ampara, em seu artigo 173, princípios gerais da atividade econômica, estipulando a responsabilização por atos que venham a ser praticados contra a ordem econômica e financeira. Constatam-se, no entanto, em sua maioria, tipos penais que não trazem em sua descrição normativa hipóteses de perigo concreto.

Atualmente, a discussão em torno da legitimidade dos crimes de perigo abstrato é tema importante no cenário penal.<sup>1</sup> O problema reside em conciliar a criação dos tipos penais de perigo abstrato em cotejo com os princípios limitadores do Direito Penal, mormente no que diz respeito à culpabilidade e lesividade. Com o fenômeno da constitucionalização do Direito Penal, o perigo concreto constitui pressuposto à tipificação penal. A sanção penal somente se justifica nas hipóteses em que a conduta do agente tenha submetido o bem jurídico tutelado ao menos a um perigo real, sob pena de não restar legitimada a intervenção penal. Por outro lado, a sociedade de risco exige atuação mais dinâmica e eficaz da Ciência Penal, no afã de atendimento das novas demandas oriundas do crime organizado, terrorismo, da criminalidade econômica, do tráfico de pessoas, dos delitos eletrônicos praticados via *internet*. Tudo isso compõe o quadro da sociedade pós-industrial em que vivemos. Eis o objeto do Direito Penal Econômico.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> O crime de perigo concreto é aquele que precisa ser comprovado, ou seja, deve ser demonstrada a situação de risco corrida pelo bem juridicamente protegido. O perigo, portanto, somente é reconhecível mediante uma valoração subjetiva da probabilidade da superveniência de um dano. O perigo abstrato é presumido *juris et de jure*. Este não precisa ser comprovado, pois a lei se contenta com a mera conduta que pressupõe perigosa. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008 v.1: parte geral. . p.213.

<sup>2</sup> Paulo Silva Fernandes ressalta que o crime por excelência da era global é o crime econômico. Para ele, é o multiplicar, em termos inéditos, tanto da *criminalidade econômica* como da *delinquência de colarinho branco*, como ainda e por último, dos *crimes of the powerful*, em larga escala, de circuitos criminosos que englobam a circulação de grandes capitais e a movimentação de inúmeras pessoas e organizações, frequentemente à escala internacional ou global, em prol de um fim comum, a obtenção de *lucros fabulosos* provenientes da prática criminosa, tudo isto a colocar novos e difíceis problemas ao Direito Penal de cunho clássico. FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal**: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001. p.48.



Essa sociedade complexa e em contínua expansão, onde a violência toma proporções cada vez maiores, dá azo ao surgimento do Direito Penal de Risco, caracterizado por excessiva intervenção estatal e por uma legislação simbólica, desprovida de princípios axiológicos ou garantistas.

O objetivo do presente artigo é tecer breves considerações sobre a Lei 7.492/86 e seus tipos penais, no contexto dos princípios que limitam a atuação punitiva estatal.

## 1 A sociedade de risco contemporânea e o direito penal econômico

Modernamente, risco foi objeto de tratamento sob o prisma sociológico. Há quem diga que risco não é necessariamente um conceito da esfera jurídica. Tal conceito, no entanto, diz respeito muito de perto ao mundo jurídico e, entrou, por motivos óbvios, na ordem do dia. Quem o trouxe à baila foi o sociólogo alemão Ulrich Beck.<sup>3</sup>

A sociedade moderna aponta inúmeras alterações de paradigma em diversos campos do conhecimento humano. O Direito Penal não teve outro destino, de modo que, nos dias atuais, muitas respostas são ofertadas pela doutrina em relação à crise de identidade pela qual vem passando a Ciência Penal. Desde tendências nitidamente abolicionistas, passando pelo Direito Penal do Inimigo, de Jakobs,<sup>4</sup> ou pelo Direito de duas ou de três velocidades, defendido por Silva Sanches,<sup>5</sup> diversos são os caminhos possíveis.

<sup>3</sup> BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jimenez; Maria Rosa Borrás. São Paul: Paidós, 1998.

<sup>4</sup> Gunter Jakobs é catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, diretor e um dos criadores do Seminário de Filosofia Jurídica na referida Universidade. Para ele, existem determinados sujeitos que devem ser despojados da categoria de cidadãos e ser tratados como meras fontes de perigo. O Estado, portanto, deve neutralizá-los.

<sup>5</sup> O tema velocidades do Direito Penal é tratado pelo professor Silva Sanches, que divide o Direito Penal em três velocidades, vale dizer, Direito Penal de primeira, segunda e terceira velocidade. A primeira velocidade, representada pelo Direito Penal da Prisão, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais. A segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras podem experimentar uma flexibilização proporcional e menor intensidade da sanção. A terceira velocidade, por seu turno, representa a pena privativa de liberdade com ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. SANCHES, Jesus-Maria Silva. **A expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p.148.

A utilização irresponsável do recurso da tipificação de crimes de perigo abstrato para proteção de bens jurídicos de maior magnitude pode ser tida como verdadeira formação de um Direito Penal de Perigo, a exemplo do que ocorrera na Alemanha nazista. A utilização deste recurso possui forte relação com a produção social de grande parte da riqueza, que vem acompanhada por igual produção de riscos. Na medida em que são alcançados maiores índices de forças produtivas humanas e tecnológicas, surgem muitos riscos até então desconhecidos. Também a dificuldade de prova, nesse peculiar segmento de crimes financeiros e econômicos, estimulou os legisladores modernos na tipificação dos crimes de perigo.<sup>6</sup>

O aparecimento de novos bens jurídicos está a exigir uma tutela diferente. Daí ser legítimo afirmar que o Direito Penal clássico, que servira à sociedade industrial do final do século passado, já não responde satisfatoriamente a este novo estágio de desenvolvimento social e econômico da sociedade pós-moderna. O risco, de todo modo, é inerente ao desenvolvimento econômico e social. Ocorre que, seguramente, os níveis de mortalidade e perigo impostos à humanidade jamais atingiram proporções tão gigantescas, em curto tempo. Sobre a sociedade de risco e a função do Direito Penal, na tutela de bens jurídicos supra-individuais, Silveira esclarece:

Sem dúvida, a própria noção de sociedade de risco e o próprio conceito de risco permitido em direito penal guardam proximidade extremada com a questão do perigo. O risco tolerável e o perigo penalmente relevante, hão, em última análise, de dar pedra de toque ao desenvolvimento de um novo direito repressivo que se pretende estruturar, no caso, o Direito Penal do Perigo, cada vez mais presente nos dias de hoje.<sup>7</sup>

O grande desafio, portanto, é conciliar, em um Estado Social e Democrático de Direito, a utilização de um Direito Penal de Perigo, ou ainda quais limites o Estado deve impor Direito Penal por ocasião da criação de figuras de perigo abstrato? Quais são os limites dogmáticos ao Direito Penal de Perigo? Não se estaria com o direito de perigo maculando princípios fundamentais à seara penal?

<sup>6</sup> COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a Concepção e os Princípios do Direito Penal Econômico. In: PODVAL, Roberto. (Org.) **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p.111.

<sup>7</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.49.

## 2 Dos delitos da gestão fraudulenta e gestão temerária:

### art. 4.º da Lei 7.492/86

A Lei 7.492/86, após definir o que é instituição financeira (art. 1º), bem assim depois de determinar que a estas se equiparam as pessoas jurídicas ou físicas nas circunstâncias listadas no parágrafo único do artigo inaugural, cuida de listar os crimes em espécie. Dentre estes, a gestão fraudulenta e a gestão temerária, dos quais se ocupa o art. 4º, *caput* e parágrafo único.<sup>8</sup> Deles já se ocupava a antiga Lei de Economia Popular (Lei 1.521/51), sem, no entanto, fazer qualquer distinção entre as duas modalidades. O bem jurídico tutelado nos crimes em análise é a estabilidade e higidez do sistema financeiro nacional, fator indispensável à execução da política econômica do Governo Federal. Em segundo plano, protegem-se também o patrimônio e os interesses dos investidores, além do próprio mercado financeiro das terríveis consequências de uma eventual quebra de instituição financeira, a exemplo do ocorrido no Banco Santos, em 2005, fato que ocasionou prejuízo a milhares de investidores.

Para correta análise da adequação do art. 4º ao princípio da legalidade, que imperiosamente deve contornar todas as normas de Direito Penal, deve ser tomado o fato de que o referido princípio, traduzido no aforismo *nullum crime nulla poena sine lege praevia* está desdobrado em três postulados, a saber: I) o da reserva legal, que diz respeito às fontes das normas penais incriminadoras; II) o da determinação taxativa, que concerne à enunciação dessas normas; III) o da irretroatividade, que trata da validade das normas penais em relação ao tempo.

A tipicidade da conduta tem como núcleo central o verbo gerir, seguido do advérbio fraudulentamente. No parágrafo único, consta o substantivo gestão, seguido do adjetivo temerária. A fórmula excessivamente vaga e abrangente, decerto, é motivo de insegurança jurídica porque não fornece ao aplicador da lei, e muito menos ao dirigente de instituição financeira, o necessário conhecimento acerca de quais condutas efetivamente caracterizam os delitos de gestão fraudulenta e gestão temerária. Aliás, uma das funções mais importantes do tipo penal é justamente a função de garantia, intimamente relacionada ao princípio da legalidade, que proíbe a existência de crimes ou penas sem prévia definição legal da conduta.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Art. 4.º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena – Reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos e multa.

<sup>9</sup> Eugênio Raúl Zaffaroni utiliza a expressão tipo-garantia para designar o princípio da legalidade em matéria penal. ZAFFARONI. Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.423.

Na gestão temerária, o legislador deferiu ao magistrado o poder de ditar o conteúdo descritivo do tipo penal, característica bem típica de regimes penais autoritários e excessivamente repressores. Nesse sentido, o professor Nilo Batista adverte para o fato de que “a função de garantia exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos.”<sup>10</sup>

Nesta senda, o Direito Penal Mínimo, de viés garantista e norteador pela perspectiva de constitucionalismo contemporâneo, não admite a criação de tipos penais excessivamente abertos, ou normas penais em branco, que deixam ao arbítrio de autoridades administrativas o poder de definição da conduta criminoso no âmbito abstrato. Também a presença de elementos normativos em demasia torna obscura a correta caracterização do agir criminoso e deixa a descoberto o cidadão contra os rompantes de autoritarismo do Estado.

É bem verdade que, por gestão temerária, deve ser entendida qualquer atuação ruinosa dos gestores das instituições financeiras, com total assunção dos riscos de tal conduta. Como exemplos de tal crime serviriam, em tese, a prática reiterada das seguintes condutas: realização de operações especulativas de elevado risco, autorização para operações de crédito ou financiamento sem as correspondentes garantias ou a concessão de crédito a empresas notoriamente inadimplentes. É importante salientar que o risco, no mercado financeiro, constitui um de seus componentes fundamentais. Desse modo, não se confunde a gestão temerária com o negócio arriscado, que é próprio da atividade do administrador de instituição financeira. Não é apenas a operação que constitui o crime. Nesse sentido, a lição de Frágoso. Senão vejamos:

O mercado financeiro é essencialmente envolto em operações de risco, sensível às oscilações de taxas de juros e de cotações dos títulos, onde o gestor dos negócios muitas vezes se vê na “ponta errada”, ou seja, comprando ou vendendo títulos no momento errado, resultando prejuízo que, à primeira vista, pode parecer resultado de operação temerária.<sup>11</sup>

Gestão fraudulenta é a administração marcada por manobras desleais, com o objetivo de obter indevida vantagem em prejuízo alheio. Aqui, embora o tipo penal também tenha características de

<sup>10</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p.78.

<sup>11</sup> FRAGOSO, Fernando. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. In: **Lições de Direito Penal. Parte Especial**. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p.689.

extrema abertura, a doutrina penal oferece maiores subsídios sobre a definição de fraude, como vetor para a correta interpretação penal. A utilização de expedientes desonestos para desviar ativos da instituição, a famosa maquiagem de balanços para lesar os investidores, bem como a simulação de operações para mascarar resultados financeiros são exemplos da gestão fraudulenta.<sup>12</sup>

Os dois crimes são de mera conduta, podendo ou não vir a se concretizar o prejuízo, bastando para consumação da gestão fraudulenta ou temerária, com o requisito da habitualidade. Araújo alerta para outra perigosa forma de restrição de garantias individuais, o qual denomina de “delitos obstáculo”. Segundo esse autor, esses delitos consistem em incriminar o legislador uma conduta preliminar, anterior ao resultado de dano que se quer evitar, na qual presume o perigo e estabelece o objeto da proibição. A justificativa está em que os crimes financeiros violam bens jurídicos supra-individuais.<sup>13</sup>

Como se vê, tais delitos carecem de melhor definição legal, de modo que a redação do artigo 4.º da Lei 7492/86 é absolutamente omissa em relação ao conteúdo da norma proibitiva, devendo ser totalmente integrada pela discricionariedade do juiz. No caso da gestão temerária, tal omissão agrava-se ainda mais, levando-se em consideração o fato que, no mercado financeiro, o risco de uma determinada operação poderá ser incrementado por acontecimentos posteriores à conduta e imprevisíveis ao agente, tornando o negócio até então celebrado em condições seguras em ato de temeridade, passível de punição na seara penal.

### 3 Do delito previsto no artigo 17 da Lei 7.492/86

O artigo 17 da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional tornou delituosa a conduta de tomar empréstimo ou receber adiantamento quaisquer das pessoas mencionadas no artigo 25 da referida lei ou ainda deferi-lo a controlador, administrador, membro do conselho estatutário, aos respectivos cônjuges e parentes ali nominados, e ainda, às empresas controladas por quaisquer das pessoas físicas mencionadas no *caput* do artigo.<sup>14</sup> Ao que

<sup>12</sup> TÓRTIMA, José Carlos. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. Uma contribuição ao Estudo da Lei 7.492/86. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2000. p.53.

<sup>13</sup> ARAÚJO JR. João Marcello de. **Dos Crimes Contra a Ordem Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.50.

<sup>14</sup> Art. 17. Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2º grau, consanguíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a

tudo indica, a intenção do legislador fora tutelar o equilíbrio financeiro da instituição contra práticas abusivas ou nepotistas, que têm o condão de abalar a confiança dos poupadores e investidores no sistema financeiro.

Maia denomina a situação descrita no tipo penal como “megalomania do administrador”, para indicar que o sujeito ativo considera a instituição financeira como se fosse algo dele, de tal forma que ele possa atuar ao sabor da sua conveniência, dispensando todo tipo de favores aos amigos e apaniguados, a expensas da companhia.<sup>15</sup> Interpretando o dispositivo em tela, com suporte no bem jurídico tutelado, verifica-se que o objetivo da norma foi no sentido de coibir práticas nepotistas em detrimento do patrimônio da instituição, ou seja, a *mens legis* tem por objetivo punir a prática dessas operações quando praticadas em condições altamente favorecidas, embora esta última parte não conste do texto legal.

A grande crítica que se faz ao legislador é que a lei presume, equivocadamente, que todos os autores e todas as situações de empréstimos e operações realizadas nas condições narradas no tipo penal são ilícitas, apenas pela situação de parentesco ou pela condição do indivíduo na qualidade de controlador, administrador ou membro do conselho estatutário. O tipo penal previsto no artigo 17 levou muitos aplicadores do Direito a interpretações absurdas, como, por exemplo, a proibição de conceder cheque especial para os diretores de algumas instituições financeiras. Em algumas instituições, continua sendo terminantemente proibida a concessão de crédito rotativo ou modalidades de empréstimos aos parentes de membros da alta administração dessas instituições, o que se configura desarrazoado, em hipóteses nas quais inexistente qualquer tipo de favorecimento ou benesse. A lógica desse dispositivo, no dizer de Poval, é a pura desconfiança, desprovida de qualquer elemento indicativo de ilicitude.<sup>16</sup>

---

6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem: I - em nome próprio, como controlador ou na condição de administrador da sociedade, conceder ou receber adiantamento de honorários, remuneração, salário ou qualquer outro pagamento, nas condições referidas neste artigo; II - de forma disfarçada, promover a distribuição ou receber lucros de instituição financeira. Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado). § 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (Vetado) o interventor, o liquidante ou o síndico.

<sup>15</sup> MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 50.

<sup>16</sup> PODVAL, Roberto. Crimes contra o sistema financeiro. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.) **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7.ed. São Paulo: RT, 2002. p.70.

A doutrina diverge ainda acerca da parte do final do *caput* do citado artigo. Nesse dispositivo, o legislador pune a conduta de conceder empréstimos à empresa controlada pela própria instituição, visando a coibir eventual promiscuidade entre coligadas e partindo da premissa de que todo e qualquer empréstimo realizado nestas condições seria prejudicial aos interesses dos investidores e acionistas.

*A ratio* da proibição de empréstimos de instituições financeiras a suas controladas é a chamada autoconcentração do risco, prejudicial à saúde da instituição autoconcentrada e, por consequência, de todo o sistema. Traduza-se: se uma instituição financeira empresta para empresa do grupo com outro objeto social, o risco do empréstimo fica sendo o desempenho de um dos braços do próprio grupo; se a tomadora fracassar em seus negócios, o grupo perde duas vezes; na tomadora, pelo seu fracasso, e, na instituição financeira, pela inadimplência da devedora. É possível, portanto, que esse tipo de negócio ponha em risco o bem jurídico, significando perigo potencial à estabilidade do sistema financeiro.<sup>17</sup>

O Tribunal Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região firmou entendimento no sentido de que a conduta prevista na parte final do artigo 17 da Lei 7.492/86 é crime de perigo abstrato, devendo ser punida pelo simples desvalor da conduta, não sendo necessária qualquer lesão patrimonial:

Ementa Penal. Processo Penal. Crime contra o sistema financeiro nacional. Artigo 17 da lei 7.492/86. Crime formal que prescinde de resultado danoso no campo material. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. Recurso ministerial provido. 1. O delito previsto no artigo 17 da lei 7.492/86 é de mera conduta e prescinde, para sua tipificação, de qualquer resultado danoso no campo material. 2. A norma incriminadora visa proteger a confiança e a credibilidade do sistema financeiro nacional, com um todo, o que é imprescindível para atrair o capital de investidores nacionais e internacionais, que irá incrementar o crescimento da economia do país. 3. Assim, não importa para sua caracterização a potencial ou efetiva lesão patrimonial causada pela conduta criminosa, até porque o crime é formal e de perigo abstrato. 4. E, mesmo que assim não fosse, levando em conta que a operação ilegal de empréstimo a empresa coligada montava a valor equivalente a 771,39 salários mínimos, conclui-se pela inaplicabilidade do princípio da in-

<sup>17</sup> MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Crimes contra o sistema financeiro: as triangulações e a doutrina da Estrada de Santos. *In: Revista do Advogado*, n. 33, out/98,

significância, pois se tratava de valor expressivo.<sup>5</sup> Recurso ministerial provido, para manter o recorrido no pólo passivo da ação penal, determinando-se o seu regular prosseguimento. (TRF 3, Recurso Criminal 2708. Processo 2000.61.81.006328-2 SP, decisão 24.06.2003).<sup>18</sup>

Não merece guarida tal entendimento. A idéia de promiscuidade entre coligadas pelo fato da realização do empréstimo desvinculada de outros elementos indiciários de ilicitude constitui presunção de culpabilidade absolutamente descabida. A realidade nas instituições financeiras mostra que eventual abrandamento das medidas de avaliação de risco de crédito nas operações de mútuo, praticadas por instituições financeiras, não decorre do fato de ser o tomador do empréstimo uma empresa controlada ou coligada. Por sinal, em havendo a concessão de empréstimos sem as garantias de estilo, como por exemplo, empréstimos que favorecem empresas sabidamente inadimplentes, tais atos poderão caracterizar gestão temerária, independentemente de a empresa beneficiária figurar na posição de controlada ou coligada.<sup>19</sup>

#### 4 Do delito de evasão de divisas

O artigo 22 da Lei 7.492/86 prevê o delito de evasão de divisas.<sup>20</sup> Trata-se de norma penal em branco, uma vez que o regramento atinente à política cambial do Estado está definido mediante circulares e resoluções baixadas pelo Poder Executivo Federal, por intermédio do Conselho Monetário Nacional, Banco Central e Secretaria da Receita Federal. A tutela da norma penal, nesse caso, cumpre duplo objetivo: em primeiro plano, a regularidade do funcionamento do mercado cambial. Em segundo, a própria regularidade da arrecadação tributária, na medida em que a remessa ilegal de valores ao exterior pode acobertar ilícitos de natureza tributária.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Tribunal Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região. Recurso criminal 2708. Processo n.º 2000.61.81.006328-2/SP. Decisão 24.06.2003. Disponível em: < [www.trf3.gov.br](http://www.trf3.gov.br) > Acesso em: 07.08.2009.

<sup>19</sup> TÓRTIMA. 2000. p.122.

<sup>20</sup> Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

<sup>21</sup> Não obstante, o Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que o delito de evasão de divisas não constitui crime meio para o delito de sonegação fiscal, pois se tratam de bens jurídicos diferentes. HC 87208, rel. César Peluso. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) > Acesso em: 10.08.2009.



No *caput* do artigo consta a conduta de efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas. De acordo com a inteligência do dispositivo, para a consumação desse delito, não se faz necessária a efetiva remessa de valores ao exterior, mas apenas a realização de operação de câmbio com tal finalidade. O delito previsto no *caput* do artigo 22, portanto, é de perigo abstrato, não sendo necessária a efetivação da evasão de divisas, mas o simples fechamento do contrato de câmbio.

No parágrafo único, a conduta incriminada consiste em promover, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou manter depósitos não declarados à repartição competente. A primeira modalidade é delito material que exige efetiva remessa de recursos ao exterior. Já a segunda hipótese é delito habitual que exige a manutenção de depósitos no exterior, não se perfazendo tal crime com a prática de conduta isolada.

A realidade atual demonstra que a aplicabilidade do delito de evasão de divisas se encontra bastante prejudicada pelas normas que regem a remessa de recursos ao exterior. No tipo penal consta a ausência de autorização legal para caracterização de delito. Ocorre que, a rigor, pela legislação vigente de normas cambiais, não se pode mais exigir autorização das autoridades para a remessa de recursos. O que se exige, em verdade, é a comunicação de tal remessa ao Banco Central ou Receita Federal.

O caso mais comum deve ser realizado mediante declaração de porte de valores, disciplinada pela Instrução Normativa SRF n.º 619, datada de 07/02/2006, cuja apresentação é obrigatória pelo viajante que deixe o País ou nele ingresse portando valores em espécie, cheques ou cheques de viagem acima de dez mil reais ou o equivalente, quando em moeda estrangeira.<sup>22</sup>

No caso de remessa de valores ao exterior, o interessado deve se dirigir a um agente autorizado a operar no mercado de câmbio, que pode ser um banco, sociedade de crédito financiamento e investimento, sociedade corretora ou sociedade distribuidora, ou, ainda, a uma empresa conveniada de uma dessas instituições, e apresentar a documentação que lhe for solicitada para realizar a operação de câmbio. Tal documentação poderá variar de acordo com a modalidade de operação de câmbio. O agente deve informar a taxa de câmbio praticada, tarifa cobrada e procedimentos adicionais.<sup>23</sup> Incorre, também, nas penas do delito de evasão de divisas o agente que mantiver depósitos no exterior, não declarados ao Banco Central, em valores superiores ou equivalentes a

<sup>22</sup> Informações detalhadas sobre a declaração eletrônica de porte de valores podem ser encontradas no site [www.receitafederal.gov.br](http://www.receitafederal.gov.br). Acesso em 07.08.2009.

<sup>23</sup> Informações disponíveis em: [www.bcb.gov.br](http://www.bcb.gov.br). Acesso em: 07.08.2009.

US\$ 100.000,00, conforme as circulares BACEN n.º 3.225/2004, 3.278/2005 e 3.316/2006.

Desse modo, é ausente da legislação brasileira a obrigação do cidadão obter autorização das autoridades fazendárias ou do Banco Central para remessa de valores ou para o porte de valores em viagens internacionais, o que denota esvaziamento do tipo penal previsto no artigo 22, da Lei 7.492/86, ao menos na modalidade prevista na parte inicial do parágrafo único.

Por sinal, o delito de evasão de divisas tende a desaparecer do cenário criminal. O capitalismo financeiro, que dá as cartas no mercado internacional, propicia a utilização de outra modalidade de crime econômico: a lavagem de dinheiro, prevista na Lei 9613/98.<sup>24</sup>

## 5 Limites dogmáticos e constitucionais ao direito penal de risco

Definitivamente, a relação entre os delitos de perigo abstrato e os princípios limitadores do Direito Penal clássico pode ser tida como conflituosa. A necessidade do Estado de tutelar bens jurídicos importantes à coletividade não deve aniquilar outros valores fundamentais à sociedade, em especial, se tais valores funcionarem como garantia do cidadão contra eventuais arbitrariedades praticadas pelo Poder Público.

A primeira baliza que se põe diante dos crimes de perigo abstrato é o Princípio da Lesividade. Segundo tal axioma, o Direito Penal somente deve interferir nas relações sociais quando existir lesão ou perigo de lesão a determinado bem juridicamente relevante. Desse modo, não merecem a tutela penal atitudes meramente internas, que não passam do plano da cogitação; condutas que não excedam o âmbito do próprio autor ou mesmo aquelas

<sup>24</sup> A lavagem de dinheiro difere do crime de evasão de divisas. No primeiro delito, existe relação de dependência com algum delito anterior, o que não ocorre no delito previsto no artigo 22 da Lei 7.492/86. O bem jurídico tutelado no crime de evasão de divisas é a política cambial do Estado, enquanto que no delito de lavagem de dinheiro, o bem jurídico tutelado é a administração da justiça. Interessante é registrar a possibilidade de ocorrência de concurso formal de crimes entre o delito de evasão de divisas e a lavagem de dinheiro, como no caso do agente que obtém quantia significativa de dinheiro por meio de atividade ligada ao tráfico de entorpecentes e, ato contínuo, remete tais valores ao exterior em desobediência à legislação pertinente (resoluções e circulares do Banco Central e da Receita Federal), com o objetivo de ocultar tais valores das autoridades brasileiras. Acreditamos não ser possível, nesse caso, a incidência dos princípios que regem o conflito aparente de normas, pois que as condutas lesaram bens jurídicos diferentes.

que não afetem qualquer bem jurídico.<sup>25</sup> Na precisa lição de Ferrajoli, a idéia de lesividade constitui fundamento de justificação da intervenção penal, numa perspectiva utilitarista. Senão vejamos:

Mas o princípio da lesividade impõe à ciência e à prática jurídica precisamente o ônus de tal demonstração. A necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo. Dizer que um determinado objeto ou interesse é um bem jurídico e que sua lesão é um dano é o mesmo que formular um juízo de valor sobre ele; e dizer que é um bem penal significa, ademais, manifestar um juízo de valor que avaliza a justificação de sua tutela, recorrendo a um instrumento extremo: a pena. Sob este aspecto, ao menos a partir de uma ótica utilitarista, a questão do bem jurídico lesionado pelo delito não é diferente da dos fins do direito penal: trata-se da essência mesmo do problema da justificação do direito penal, considerada já não desde os custos da pena, senão de acordo com os benefícios que com ela se pretende alcançar.<sup>26</sup>

Outro ponto de atrito na teoria do Direito Penal de risco reside na sua compreensão diante dos princípios da culpabilidade, proporcionalidade e insignificância. O primeiro parece restar prejudicado ante a formulação de um juízo *ex ante*, por parte do legislador, no sentido de presumir o perigo, em razão da prática de determinada conduta, mesmo que, no caso concreto, nenhuma ameaça de lesão se cristalice em desfavor do bem jurídico. Ferrajoli estabelece as características fundamentais dos regimes autoritários e denomina de Direito Penal Máximo o modelo de atuação estatal que não considera a intencionalidade do delito, nesse sentido, a própria idéias de culpabilidade. Nessa perspectiva, qualquer mácula à noção utilitarista de lesividade atinge o princípio da culpabilidade, dando azo à punição de condutas não lastreadas em uma produção de dano ou de perigo relevante.<sup>27</sup>

O princípio da intervenção mínima, no Direito Penal, deve ser encarado sob dois aspectos primordiais. De início, deve ser entendido como um princípio de análise abstrata, servindo de orienta-

<sup>25</sup> Para Nilo Batista, o Direito Penal só pode, de acordo com o princípio da lesividade, proibir comportamentos que extrapolem o âmbito do próprio agente e que venham atingir bens jurídicos de terceiros, conforme o brocardo *nulla lex poenalis sine injuria*. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p.92.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.429.

<sup>27</sup> FERRAJOLI. 2006. p.76.

ção ao legislador no momento da criação ou da revogação de tipos penais. No segundo plano, até se confunde com a natureza subsidiária do Direito Penal, que deve ser alçado à qualidade de *ultima ratio*, em matéria de intervenção do Estado.

Trazendo este raciocínio para a criação das figuras de perigo abstrato, é preciso ponderar a real necessidade de intervenção do Direito Penal na tutela de determinados bens jurídicos. Outras formas de tutela e atuação do Estado também se mostram eficazes na persecução desse objetivo, *verbi gratia*, o poder de polícia do Estado, nos ilícitos de natureza ambiental. Não é difícil perceber que se tutelam, por meio dos crimes de perigo presumido, bens jurídicos que poderiam ser protegidos com bastante eficácia por intermédio de outros ramos do Direito, como o Direito Administrativo, o Direito Tributário e o Direito Civil. A Ciência Penal é inadequada e até morosa para oferecer resposta satisfatória na proteção de certos bens. Por outro lado, a utilização simbólica do Direito Penal sem o resultado esperado configura grave atentado à própria essência do Direito Penal, como *ultima ratio*.

Winfried Hassemer, penalista alemão, vinculado à Escola de Frankfurt, defende a intervenção do Direito Penal apenas na proibição de condutas que provoquem lesão ou perigo de lesão concreto a bens jurídicos de teor individual. Para ele, não é função do Direito Penal tutelar bens jurídicos de cunho supra-individual e os perigos decorrentes da sociedade de risco. Para tanto, o Direito deve lançar mão de outro ramo jurídico, denominado por Hassemer de Direito de Intervenção, que situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, com redução significativa de garantias individuais e novas formas procedimentais, no entanto, sem a cominação de pesadas sanções de caráter penal, sobretudo privativas de liberdade.<sup>28</sup>

O Princípio da Proporcionalidade, como limite dogmático à criação dos tipos de perigo abstrato, tem como função estabelecer o parâmetro da razoabilidade na fixação das sanções de natureza penal, de modo que esta seja compatível com a gravidade da conduta praticada pelo agente. Nesse sentido, Greco esclarece:

Podemos destacar dois momentos de aferição obrigatória da proporcionalidade das penas. Inicialmente, o primeiro raciocínio seria levado a efeito considerando as penas cominadas em abstrato. Como princípio implícito, podemos extrair o princípio da proporcionalidade do princípio da individualização das penas. Quando o legislador cria o tipo penal incriminador, proibindo ou

<sup>28</sup> Apud MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade de Risco e Direito Penal**. São Paulo: IBCRIM, 2005. p.97.

impondo determinado comportamento sob ameaça de uma sanção de natureza penal, esta sanção deverá ser proporcional à gravidade do mal praticado pelo agente com a prática da ação penal.<sup>29</sup>

Ocorre que o princípio da proporcionalidade não se ocupa apenas da importância do bem jurídico, de modo a legitimar a atuação penal. Em verdade, a gravidade da conduta é outro vetor de interpretação importante para justificar a tutela penal. Nos crimes de perigo abstrato, em razão da magnitude do bem jurídico tutelado, o legislador presume que o perigo ocorre com a mera prática da conduta prevista no tipo penal, mesmo que no caso concreto inexistia qualquer perigo. Assim, parece ofensivo ao princípio da proporcionalidade a aplicação de sanções penais, sobretudo privativas de liberdade, quando no caso concreto, ante a inexistência de perigo, a gravidade da conduta não justifique essa intervenção.

## Conclusão

O Sistema Financeiro Nacional é bem jurídico de caráter supra-individual, portanto, merecedor da proteção penal. No entanto, a Lei 7.492/86 compreende crimes de perigo abstrato, cuja consumação independe da ocorrência de qualquer situação de perigo no caso concreto (art. 17 e art. 22). Além disso, a gestão temerária é figura demasiadamente aberta, não oferecendo ao cidadão a necessária segurança jurídica, que constitui a principal função do tipo penal e do próprio princípio da legalidade.

A sociedade de risco impõe novas demandas ao Direito Penal, cabendo a este evoluir no sentido de continuar tutelando, com máxima eficiência, os bens jurídicos de maior relevância social, sem, no entanto, abrir mão de princípios tão caros ao Estado democrático de direito e, de tal modo, tão importantes quanto os bens jurídicos metaindividuais que se pretende tutelar.

Sob a perspectiva garantista, os crimes de perigo devem passar pelo crivo dos princípios limitadores do Direito Penal, mormente no que tange à lesividade, culpabilidade, intervenção mínima e proporcionalidade. Assim, é imperioso concluir pelo reconhecimento da presunção relativa de perigo nos crimes de perigo abstrato, possibilitando-se ao réu a oportunidade de realização da contraprova, de modo a comprovar inexistência de perigo no caso concreto, afastando, desse modo, a tutela de caráter penal.

<sup>29</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. Niterói: Impetus, 2005. p.111.

## Referencias

ARAÚJO JR. João Marcello de. **Dos Crimes Contra a Ordem Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: parte geral. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jimenez; Maria Rosa Borrás; Paidós, 1998.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3.<sup>a</sup> Região. **Recurso criminal 2708**. Processo n.º 2000.61.81.006328-2/SP. Decisão 24.06.2003. Disponível em: <www.stf.jus.br.> Acesso em 10.08.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas corpus n.º 87208**. Relator Ministro César Peluso. Disponível em: < www.stf.jus.br.> Acesso em 10.08.2009.

COSTA, José de Faria e ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a Concepção e os Princípios do Direito Penal Econômico, texto incluído na obra **Temas de Direito Penal Econômico**, Roberto Podval (Org.), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal**: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Crimes contra o sistema financeiro: as triangulações e a doutrina da Estrada de Santos. *In* **Revista do Advogado**. n. 33, out/98.

FRAGOSO, Fernando. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**, *in* Lições de Direito Penal, Parte Especial, de Heleno Cláudio Fragoso, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1988.

COSTA, José de Faria e ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Econômico, texto incluído na obra **Temas de Direito Penal Econômico**, Roberto Podval (Org.), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. Niterói, RJ: Impetus, 2005. p.111.

SANCHES, Jesus-Maria Silva. **A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

PODVAL, Roberto. **Crimes contra o sistema financeiro**. *In*. FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (coords.) Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial. 7.ed. São Paulo: RT, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade de risco e direito penal**. São Paulo: IBCRIM, 2005.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

TÓRTIMA, José Carlos. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. Uma contribuição ao Estudo da Lei 7.492/86. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2000.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl. **Manual de Direito penal Brasileiro**: parte geral. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.





# Dos meios coercitivos e das medidas de apoio para o cumprimento da sentença nas obrigações de fazer e não fazer

**Marcella Peixoto Smith**  
*Advogada da Caixa no Amapá*

## RESUMO

Um grande lapso de tempo para a prestação jurisdicional coloca em dúvida a segurança jurídica e a efetividade da justiça. Por isso, o ordenamento jurídico precisa de instrumentos céleres e eficazes, sendo as medidas coercitivas e de apoio, previstas no parágrafo 5º, do art. 461 do CPC, ótimos exemplos utilizados na satisfação do direito do credor, no que concerne às obrigações de fazer e não fazer. O presente trabalho procura analisar tais medidas de um modo geral, dando especial atenção à multa coercitiva, por ser a medida mais utilizada e de maior eficácia.

Palavras-chave: Multa coercitiva. Efetividade. Prestação jurisdicional. Satisfação.

## ABSTRACT

A large period of time to receive a sentence causes unsafeness and inefficacy of justice. That's why the juridical order needs quick and efficient instruments, like the coercive methods and the methods of support, present in the item 461, paragraph fifth of the civil process code, good examples used to pay the *creditor*, concerning obligations of doing actions and not doing them. This work tries to analyze these methods, specially the coercive fine, for it's efficient and the most used one.

Key words: Coercive fine. Efficiency. Jurisdiction. Payment.

## Introdução

O princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988, não prevê somente o acesso formal aos órgãos do Poder Judiciário, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção do direito das partes, de forma a viabilizar o acesso a uma ordem jurídica verdadeiramente justa.

Com efeito, o Poder Judiciário que não desempenha suas funções em tempo razoável e de modo efetivo acaba se tornando um poder inacessível, inútil e injusto.

Damasceno,<sup>1</sup> quanto a este ponto, informa o seguinte:

Um estudo recente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), publicado na revista *Veja* (Veja, São Paulo, edição 1881, 24 de novembro de 2004, Alexandre Oltramari), constatou que a insegurança provocada pela morosidade do judiciário atrapalha fortemente o crescimento do país. Segundo tal estudo, calcula-se que o Brasil deixe de produzir cinco bilhões de dólares em riquezas, o equivalente a 1% do PIB, apenas em razão da desconfiança dos investidores internacionais sobre o funcionamento do Judiciário. Explica-se. Nos Estados Unidos, uma disputa judicial dura em média quatro meses até ser julgada. No Brasil o tempo médio de duração de um processo é de doze anos. Existem, vergonhosamente, processos que tramitam há meio século na Justiça e, muitas vezes, a decisão final só ocorre quando o autor já está morto. Não é apenas na economia do país que a lentidão da justiça gera graves prejuízos, ela repercute direta e indiretamente na vida de todos os cidadãos. Gera prejuízos, insegurança, enriquecimento sem causa e um grande descrédito. Um judiciário que não oferece a confiança e previsibilidade de sua eficiência a seus jurisdicionados, não oferece também a necessária segurança jurídica.

Assim é que a eficiência ou ineficiência do Poder Judiciário reflete em diversos outros setores, inclusive na economia, causando desconfiança de investidores nacionais e estrangeiros a lentidão da tramitação de processos judiciais.

O termo eficiência/efetividade aqui deve ser entendido principalmente como a concretização da justiça por meio do exercício do direito subjetivo ameaçado ou violado pela conduta ilegítima de outrem.

E o exercício desse direito, dentro do processo civil, concretiza-se por meio da execução forçada, que sofreu diversas alterações legislativas nos últimos tempos.

Com efeito, desde 1994, o Código de Processo Civil vem sendo modificado, a fim de que o processo civil possa tornar-se um procedimento célere, justo e efetivo.

Algumas dessas alterações ocorreram nos artigos 461 e 461-A, pelas leis n. 8.952/94 e 10.444/02, que determinam a concessão da

<sup>1</sup> DAMASCENO, Artane Inarde de Siqueira. **A execução de título judicial e a supremacia da efetividade.** Uma releitura principiológica. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11060&p=2. p.3> Acesso em: 15 julho.

tutela específica, nas obrigações de fazer, não fazer e dar coisa diferente de dinheiro, devendo o juiz determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, tais como a utilização da tutela antecipada e de medidas de coerção e apoio, como a multa, a busca e apreensão, a remoção de coisas e pessoas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade.

Isso significa que a execução para as obrigações de fazer e não fazer não mais depende de ação autônoma, podendo ser implementada em um processo sincrético, no qual há a certificação do direito e a sua execução, com a utilização de medidas de apoio e coercitivas para a satisfação do direito do credor.

E o objetivo do presente trabalho é examinar as medidas de coerção e de apoio que podem ser utilizadas pelo juízo nessas novas formas de execução, como forma de se alcançar a tutela específica ou um resultado prático equivalente.

E a principal delas, sem dúvida alguma, é a multa coercitiva, que será bastante estudada no presente trabalho, imposta ao devedor da obrigação, a contar da data do descumprimento da ordem judicial, visando a, por meio de coerção psicológica, contribuir para a celerização, justiça e eficácia do processo jurisdicional.

Antes das modificações introduzidas pelas leis n. 8.952/94 e 10.444/02, a execução das obrigações de fazer e não fazer dependiam do ajuizamento de ação autônoma, o que tornava muito difícil a satisfação do direito do vencedor da demanda, principalmente “pela demora, pela falta de funcionalidade e pela elevação dos custos.”<sup>2</sup>

Além do que, inspirado pelos ideais liberais de que a liberdade humana é o valor maior, o CPC entendia que a resolução em perdas e danos era a única consequência possível para descumprimento das obrigações de fazer e não fazer. O devedor tinha uma espécie de direito de não cumprir o próprio dever, desde que pagasse por isso.<sup>3</sup>

Isso decorre do fato de que, conforme esposado por Didier Jr.,<sup>4</sup> é antiga a confusão entre ato ilícito e dano, gerando como consequência a ótica de que a violação de um dever jurídico que não causasse dano não poderia ser considerada um ato ilícito.

Prossegue o professor Didier Jr.<sup>5</sup> aduzindo o seguinte:

<sup>2</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.11. v.2.

<sup>3</sup> DIDIER JR, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2007. p.310-1. v.2.

<sup>4</sup> DIDIER JR, 2007. p.310-1.

<sup>5</sup> DIDIER JR, 2007. p.311.

A necessidade de mais bem prestar a tutela jurisdicional (prestá-la de forma mais adequada) fez com que se isolassem as tutelas dirigidas contra o ilícito das tutelas dirigidas contra o dano. [...] Dessa forma, poder-se-ia prestar ao jurisdicionado uma tutela mais efetiva, que lhe garantisse a entrega do bem da vida pretendido, e não a sua substituição pelo equivalente em pecúnia. Assim, não mais se exigiu dele que aguardasse pela superveniência do dano para que pudesse agir em juízo: a só existência do ilícito ou a sua iminência já seria suficiente para que o interessado pudesse deflagrar a atividade jurisdicional.

Conclui o referido autor nos seguintes termos:<sup>6</sup>

É com base na distinção entre ilícito e dano, e com os olhos postos na tutela jurisdicional que pode ser utilizada contra cada um deles, que se promove a divisão da tutela específica em inibitória, reintegratória e ressarcitória.

O art. 12 do Código Civil,<sup>7</sup> encartado no capítulo que trata dos direitos da personalidade, é bastante didático em sua redação e dá uma boa visão das três espécies de tutela jurisdicional específica de que ora se fala: ao referir-se à “ameaça”, prevê a possibilidade do manejo da tutela inibitória para evitar a prática do ilícito; ao referir-se à “lesão”, alude à tutela reintegratória, que visa remover o ilícito já consumado; e ao referir-se às “perdas e danos”, faz clara menção à tutela ressarcitória, que visa à busca da reparação pelo dano eventualmente decorrente do ilícito praticado.

Assim é que, atualmente, não mais é necessária a ocorrência de dano para que se possa ingressar em juízo e pleitear o pagamento de indenização; a simples ameaça ou prática efetiva de ato ilícito, ainda que não cause dano, já autoriza o lesado a ingressar em juízo para impedir a concretização da ameaça ou pedir a cessação da atividade.

O artigo 461 do CPC, que trata sobre as obrigações de fazer e não fazer (tutelas inibitória e de remoção do ilícito), alterado pelas leis n. 8.952/94 e 10.444/02, encontra-se redigido da seguinte forma:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedi-

<sup>6</sup> DIDIER JR, 2007. p.312.

<sup>7</sup> Art. 12 do CC/02: Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

do, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

Didier Jr.<sup>8</sup> lembra o seguinte, com relação a esse dispositivo legal:

O *caput* do art. 461 limita o seu âmbito de incidência às obrigações de fazer e de não fazer. A rigor, obrigação é apenas uma espécie do gênero dever jurídico. Trata-se de dever que tem sua gênese vinculada ao chamado direito obrigacional, no que se distingue de outros tipos de deveres, como aqueles vinculados aos direitos reais, aos direitos de família e aos direitos sucessórios. Assim, segundo Pontes de Miranda,<sup>9</sup> “em sentido estrito, obriga-

<sup>8</sup> DIDIER JR, 2007. p.320.

<sup>9</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Campinas: Bookseller, 2003, t. 22, p.36. *apud* DIDIER JR, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador/Ba: Edições Juspodivm, 2007. p.320. v.2.

ção é a relação jurídica entre duas ou mais pessoas, de que decorre a uma delas, ao *debitor*, ou a algumas, poder ser exigida, pela outra, *creditor*, ou outras, prestação.”

A despeito disso, a menção que se faz no art. 461 deve ser interpretada da forma mais ampla possível, estendendo-se a todos os deveres jurídicos que tenham por objeto um fazer ou não fazer, ainda que não tenham propriamente natureza obrigacional.

Dessa forma, o termo obrigação, constante da redação do art. 461 do CPC, deve ser entendido como abrangendo a todos os deveres jurídicos que tenham por objeto um fazer ou não fazer, ainda que não tenham propriamente natureza obrigacional.

Ultrapassada a questão sobre a abrangência do art. 461 do CPC, percebe-se que a sentença que verse sobre o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer não mais se submete a um processo de execução autônomo para o seu cumprimento, devendo-se conceder à parte, desde logo, a tutela específica, determinando o juiz providências que assegurem esta ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Isso constitui um grande avanço para que seja alcançada a tão propalada efetividade e celeridade da tutela jurisdicional, uma vez que o vencedor da demanda não mais recebe a sentença como uma mera folha de papel, destituída de valor coercitivo, que dependia do ajuizamento de uma nova ação, desta vez executiva, para ser cumprida.

No sistema atual do CPC, não há mais distinção, assim, entre as sentenças condenatórias (condenatórias *stricto sensu*, executivas e mandamentais), visto que todas são de cumprimento independentemente de ação executiva autônoma. Todas se realizam por meio de mandado expedido após a sua prolação, na mesma relação processual em que se formar a sentença. O sistema, portanto, é o da *executio per officium iudicis* e não mais o da *actio iudicati*. Ação autônoma de execução somente existirá para os títulos executivos extrajudiciais.<sup>10</sup>

Com efeito, atualmente, dentro do próprio processo de conhecimento, que se tornou um processo sincrético, é possível ao vencedor da demanda obter a satisfação do seu direito, de forma muito mais célere, justa e efetiva.

Tanto isso é verdade que Didier Jr.<sup>11</sup> opina no sentido de que mesmo o credor que possui um título executivo tem “interesse de agir em manejar uma ação cognitiva pleiteando que lhe fosse con-

<sup>10</sup> THEODORO JUNIOR, 2008. p.22-4.

<sup>11</sup> DIDIER JR, 2007. p.322.

cedida a tutela do art. 461 do CPC, ao invés de ajuizar uma ação de execução fundada nos artigos 632 e seguintes do CPC”.

Prossegue o professor Didier Jr.<sup>12</sup> afirmando que tal deve ocorrer, pelos seguintes motivos:

As medidas de apoio de que se pode valer o magistrado com base no art. 461, tendo em vista a sua atipicidade, se mostram potencialmente mais efetivas que aquelas previstas para a execução de título extrajudicial, o que revela a utilidade da opção por esta via.

Entretanto, trata-se de questão polêmica, para a qual ainda não houve pronunciamento dos tribunais, sendo que cumpre ressaltar que tal comportamento poderia constituir sim, ao contrário do que pensa Didier Jr., ausência de interesse de agir, visto que o ajuizamento de ação de conhecimento quando o credor já possuir um título executivo extrajudicial não se mostraria a ação adequada para o caso.<sup>13</sup>

A sugestão seria uma mudança legislativa, para que o juiz pudesse, também no processo de execução de título executivo extrajudicial, que versasse sobre obrigações de fazer ou não fazer, utilizar as medidas coercitivas e de apoio previstas no art. 461, § 5º do CPC.

Concluindo, as alterações trazidas pelas leis n. 8.952/94 e 10.444/02 só vieram contribuir para a celerização e efetividade dos processos judiciais, na medida em que instituíram a ação sincrética no que concerne às obrigações de fazer e não fazer, trazendo, ainda, importantes medidas coercitivas e de apoio, que podem ser amplamente utilizadas pelo juízo, para a satisfação do direito do credor, ou seja, para a concretização da tutela específica ou do seu resultado prático equivalente, visando a conceder efeito mandamental às decisões judiciais, a fim de se ver os imediatos efeitos da prestação jurisdicional.

## 1 Tutela específica e tutela pelo equivalente em pecúnia

A tutela jurisdicional como resultado pode ser dividida em tutela específica e tutela pelo equivalente em pecúnia, segundo Didier Jr.<sup>14</sup>

Explicita, informando que, quando o resultado alcançado pelo processo corresponder exatamente ao resultado previsto pelo direito material, ou seja, quando se dá exatamente aquilo

<sup>12</sup> DIDIER JR, 2007. p.322.

<sup>13</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v.1.

<sup>14</sup> DIDIER JR, 2007. p.309-10.

a que o vencedor da demanda tem direito, diz-se que há tutela específica.<sup>15</sup>

Ao contrário, quando não se entrega a quem tem razão o bem da vida que lhe foi tirado, mas sim um equivalente em dinheiro, diz-se que há a tutela pelo equivalente em pecúnia ou tutela substitutiva ou subsidiária.<sup>16</sup>

Atualmente, prossegue o referido autor,<sup>17</sup> com as reformas perpetradas pelas leis n. 8.952/94 e 10.444/02, a tutela específica ganhou extrema relevância, podendo-se falar em *primazia da tutela específica no processo civil brasileiro*.

Com efeito, o CPC, em seu art. 461, *caput*, dispõe que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

Didier Jr.<sup>18</sup> levanta interessante questão sobre o que seria o “resultado prático equivalente”, nos seguintes termos:

Resta, então, saber qual o alcance dessa disposição: (i) ela autoriza que o magistrado tome providências no sentido de permitir ao credor obter, na prática, um bem da vida equivalente, embora não-coincidente, àquele que obteria com o cumprimento espontâneo ou (ii) simplesmente ratifica o poder geral de efetivação do magistrado na busca por um resultado coincidente com aquele que o credor obteria acaso a obrigação fosse espontaneamente cumprida?

[...]

Parece-nos, contudo, que, ao autorizar o magistrado a tomar as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, o *caput* do art. 461 vai além de simplesmente permitir que o julgador se valha de medidas coercitivas diretas adequadas à obtenção do resultado final almejado. Pelo que se vê, o legislador autoriza aí que se chegue a um resultado equivalente ao do adimplemento, ainda que não totalmente coincidente. Não se trata, porém, de equivalente pecuniário, mas, sim, de equivalente em fazer ou não-fazer.

Assim é que, segundo Didier Jr., com razão, defende que o resultado prático equivalente seria não apenas uma ratificação do poder geral de efetivação do magistrado na busca por um resultado coincidente com aquele que o credor obteria acaso a obrigação

<sup>15</sup> DIDIER JR, 2007. p.309-10.

<sup>16</sup> DIDIER JR, 2007. p.309-10.

<sup>17</sup> DIDIER JR, 2007. p.309-10.

<sup>18</sup> DIDIER JR, 2007. p.323-4.



fosse espontaneamente cumprida, mas sim a obtenção de algo próximo ao almejado, porém diferente de dinheiro; seria o equivalente em fazer ou não fazer.

Com efeito, o resultado prático equivalente é aquele, diferente do pleiteado da inicial, mas que deixa o credor tão satisfeito quanto se tivesse recebido aquilo que pediu.

Quanto às obrigações fungíveis e infungíveis, cumpre tecer as seguintes considerações, muito bem explanadas por Theodoro Junior:<sup>19</sup>

Como ao direito repugna constranger alguém fisicamente a fazer alguma coisa e, como as obrigações de fazer e não fazer dependem de um comportamento pessoal do devedor, a regra antiga dispunha que o inadimplemento, na espécie, resolver-se-ia em perdas e danos.

Como essa solução era, em muitos casos, injusta e insatisfatória, criou-se a concepção da fungibilidade de certas obrigações de fazer, que seria aplicável sempre que a prestação devida não fosse personalíssima e pudesse ser cumprida a contento mediante ato de terceiro. Assim, a execução da obrigação poderia ser feita de maneira específica, proporcionando ao credor exatamente o resultado ajustado, mesmo sem a colaboração do devedor, a quem caberia suportar os custos da realização da obrigação por outrem.

Quando a prestação somente pudesse ser cumprida pelo devedor, por sua natureza ou convenção, o inadimplemento somente poderia ser remediado pela conversão em indenização, sendo a obrigação qualificada de infungível.

Dessa maneira, antes da Lei n. 11.382/06, caso o devedor se negasse a cumprir a obrigação de fazer ou não fazer à qual tinha sido condenado, somente quanto às obrigações fungíveis, era possível garantir a tutela específica ao credor, mediante o procedimento lento e complicado, previsto no art. 634 do CPC.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> THEODORO JUNIOR, 2008. p.32.

<sup>20</sup> Art. 634. Se o fato puder ser prestado por terceiros, é lícito ao juiz, a requerimento do credor, decidir que aquele o realize à custa do devedor. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 1º O juiz nomeará um perito que avaliará o custo da prestação do fato, mandando em seguida expedir edital de concorrência pública, com o prazo máximo de 30 (trinta) dias. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 2º As propostas serão acompanhadas de prova do depósito da importância, que o juiz estabelecerá a título de caução. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Quando se tratasse de obrigações infungíveis, o inadimplemento somente poderia ser remediado pela conversão em indenização.

Porém, com as leis n. 8.952/94 e 10.444/02, os poderes do juiz para fazer cumprir especificamente as obrigações de fazer e não fazer não devem ficar restritos à autorização para que o credor realize ou mande realizar o fato devido, seja tratando-se de obrigação fungível ou infungível.

Com efeito, deve o juiz adotar outras providências que, mesmo não sendo exatamente o fato devido, correspondam a algo que assegure o resultado prático equivalente ao do adimplemento, seja para obrigações de fazer fungíveis ou infungíveis.

Além do que, o credor tem o direito subjetivo de exigir, por meio da tutela jurisdicional, a tutela específica, de modo que o juiz não pode, em regra, forçá-lo a se satisfazer com a indenização por perdas e danos, pouco se levando em conta se a obrigação a ser satisfeita é fungível ou infungível, visto que o CPC dispõe que somente se converterá em perdas e danos a obrigação de fazer ou não fazer se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente (art. 461, § 1º do CPC).

Assim é que Didier Jr. entende que:

Embora o credor não possa, em regra, exigir do devedor prestação diversa daquela que fora pactuada, [...] pode-se dizer que, uma vez ocorrido o inadimplemento, surge para o credor o direito potestativo de optar entre o seu cumprimento na forma específica ou a sua conversão em pecúnia [...]. O que lhe é vedado é exigir a prestação pecuniária antes de haver o inadimplemento,

---

§ 3º No dia, lugar e hora designados, abertas as propostas, escolherá o juiz a mais vantajosa. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 4º Se o credor não exercer a preferência a que se refere o art. 637, o concorrente, cuja proposta foi aceita, obrigar-se-á, dentro de 5 (cinco) dias, por termo nos autos, a prestar o fato sob pena de perder a quantia caucionada. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 5º Ao assinar o termo o contratante fará nova caução de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do contrato. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 6º No caso de descumprimento da obrigação assumida pelo concorrente ou pelo contratante, a caução, referida nos §§ 4º e 5º, reverterá em benefício do credor. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 7º O credor adiantará ao contratante as quantias estabelecidas na proposta aceita. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

seja porque inexigível a prestação, seja porque a outra parte não é obrigada a prestar coisa diversa.<sup>21</sup>

Atualmente, o credor tem a faculdade de escolher entre requerer a tutela específica ou o equivalente em dinheiro, não se tratando mais de faculdade do devedor, como era antes das leis 8.952/94 e 10.444/02.

Não se pode conceber, com isso, que haveria qualquer violação ao princípio da menor onerosidade para o devedor, posto que, com relação ao art. 620 do CPC, Humberto Theodoro Júnior dispõe o seguinte:<sup>22</sup>

(O art. 620), quando permite ao juiz escolher a forma menos gravosa de realizar a execução, pressupõe a existência de mais de um meio executivo para satisfazer a prestação a que faz jus o exequente. Não se aplica para alterar aquilo que a lei lhe assegura e que somente ele tem o poder de definir: o objeto da ação, o pedido.

Quanto à impossibilidade do cumprimento da obrigação, tal situação deve ser analisada com cuidado, pois nem sempre configura a hipótese de possibilidade de exigência do equivalente em pecúnia, por parte do credor, conforme ensina Didier Jr.:<sup>23</sup>

Se a impossibilidade decorrer do próprio negócio jurídico, a depender da situação, pode ser causa de invalidação ou mesmo de resolução do negócio, visto que a possibilidade é uma característica de que se deve revestir o objeto de uma obrigação para que ela seja válida.

[...]

Não bastasse isso, se a impossibilidade decorre de fato alheio à vontade e à conduta do devedor (caso fortuito ou força maior, por exemplo), ela dá causa à extinção da obrigação, sem que se possa falar em perdas e danos.

A impossibilidade capaz de gerar a conversão da obrigação em prestação pecuniária há de ser (i) superveniente, (ii) absoluta, (iii) decorre de culpa do devedor.

Dessa forma, a única impossibilidade de cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer capaz de gerar a sua conversão em prestação pecuniária é quando for superveniente, absoluta e decorrer de culpa do devedor, visto que, em caso contrário, pode se tratar até mesmo de invalidação ou resolução do negócio jurídico.

<sup>21</sup> DIDIER JR, 2007. p.328.

<sup>22</sup> THEODORO JUNIOR, 2008. p.33.

<sup>23</sup> DIDIER JR, 2007. p.329.

Cumprе ressaltar, ainda, que a diferenciação entre obrigações fungíveis e obrigações infungíveis perdeu um pouco a sua importância nos dias de hoje para a obtenção da tutela específica, por parte do credor, pois, mesmo nos casos de obrigações infungíveis, se não ocorrer o previsto no art. 461, § 1º do CPC, deve o juiz utilizar, em um primeiro momento, as medidas que entenda cabíveis para a concessão da tutela específica, seja impondo o pagamento de multa coercitiva ou a adoção de qualquer outra medida coercitiva ou de apoio que entendesse devida.

Cabe observar, quanto a este ponto, entretanto, a redação dos artigos 247 e 389 do Código Civil de 2002:

Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Sobre os dispositivos legais supracitado, Theodoro Júnior<sup>24</sup> aduz o seguinte:

Esse dispositivo da lei material veio pôr fim à discussão sobre cabimento ou não da *astreinte* nas obrigações personalíssimas ou infungíveis, visto que a sanção legalmente estabelecida é a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos. [...] Nessa sistemática de direito positivo, portanto, a multa cominatória foca restrita aos casos de obrigações fungíveis.

Contudo, tal entendimento constituiria um retrocesso, haja vista que, com o Código Civil de 2002, passar-se-ia a ter a primazia da tutela específica somente para a prestação de obrigações fungíveis, o que não era o espírito das leis processuais civis alteradoras do Código de Processo Civil.

Assim, sobre o assunto, Didier Jr.,<sup>25</sup> por sua vez, aduz o seguinte:

Apesar de a sua redação estar defasada nesses pontos, tem-se tentado dar ao Código Civil de 2002 uma interpretação conforme o regramento previsto no art. 461 do CPC e conforme o próprio ideal de tutela jurisdicional efetiva, previsto no art. 5º, XXXV, da CF. Sendo assim, costuma-se dizer que as obrigações de fazer e de não fazer deverão, inicialmente, ser objeto de tutela específica, mas poderão ser convertidas em prestação pecuniária, tal como autoriza o art. 389 do CC, nos casos

<sup>24</sup> THEODORO JUNIOR, 2008. p.37.

<sup>25</sup> DIDIER JR, 2007. p.328.

previstos no art. 461. Isto é: os arts. 389 e 247 do CC funcionam simplesmente como dispositivos de autorização para a conversão de tais obrigações em prestação pecuniária, desde que presentes os pressupostos para essa conversão, não revelando uma opção legislativa pela tutela do equivalente pecuniário.

Esse é o entendimento que melhor se coaduna com o espírito do legislador processual civil brasileiro dos últimos tempos, devendo, assim, os artigos 247 e 389 do Código Civil ser interpretados no sentido de que funcionam apenas como autorizadores da conversão de tais obrigações em prestação pecuniária, desde que presentes os pressupostos para essa conversão, não revelando uma opção legislativa pela tutela do equivalente pecuniário.<sup>26</sup>

## 2 Dos meios coercitivos e das medidas de apoio no cumprimento da sentença nas obrigações de fazer e não fazer

### 2.1 Generalidades

Há duas técnicas de execução forçada que podem ser utilizadas em direito processual civil: a direta ou expropriação, por meio da qual o Estado-Juiz realiza a prestação pelo devedor e a indireta ou coercitiva, na qual o Estado força o próprio devedor a cumprir a obrigação, atemorizando-o, por meio de cominação de multa ou incentivando-o, por meio da sanção premial (exemplo: benefício da isenção de custas processuais e honorários advocatícios na Monitória).<sup>27</sup>

A coerção indireta pode ser pessoal (prisão civil) ou patrimonial (multa). É dita indireta porque não conduz diretamente à tutela do direito, limitando-se a incidir sobre a vontade do réu para que a tutela do direito seja prestada.<sup>28</sup>

Quando for possível a efetivação da tutela específica ou a obtenção de um resultado prático equivalente, o juiz, atuando por meio de execução indireta, poderá adotar medidas coercitivas ou de apoio, na própria sentença, em decisão interlocutória de antecipação de tutela ou em atos processuais posteriores, por não existir determinação legal em contrário.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> DIDIER JR, 2007. p.328.

<sup>27</sup> ASSIS, Araken de. **Cumprimento de Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.33.

<sup>28</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5045>>. p.12. Acesso em: 15 julho. 2008.

<sup>29</sup> ASSIS, 2006. p.223-6.

Segundo Didier Jr.,<sup>30</sup> várias técnicas contribuem para a obtenção de um resultado prático satisfatório, nas execuções que versam sobre obrigações de fazer e não fazer são: o fato de a efetivação dessas decisões poder contar, ou não, com a participação direta do devedor; a concessão de um poder geral de efetivação ao magistrado, mediante a ampliação do leque das possíveis medidas executivas de que se pode utilizar para concretização de suas decisões; a não-adstrição da decisão judicial ao pedido quanto à medida coercitiva a ser imposta; e a possibilidade de alteração da medida que se mostrou ineficaz.

Com efeito, o art. 461, parágrafo 5º do CPC, determina, por meio de uma lista exemplificativa, que o juiz poderá “impor multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.”

É possível, assim, segundo Didier Jr.,<sup>31</sup> que o juiz adote qualquer medida que, à luz do caso concreto, se mostre necessária, razoável e adequada para a efetivação do direito ameaçado ou lesado, como por exemplo a obstaculização de veiculação de matéria jornalística ou a imposição de uma sanção premial, em vez da multa diária, por exemplo.

É possível, ainda, que, em se tratando de obrigação fungível, o magistrado determine que terceiro a cumpra, em lugar do devedor, sem que se precise observar o procedimento, já revogado, previsto no art. 634 do CPC. Basta que se incumba o autor de indicar a pessoa que prestará o fato, devendo ela apresentar sua proposta de honorários e de despesas, além do projeto de cumprimento, oportunizando-se, em seguida, que o réu se manifeste sobre o assunto.

Assim é que o rol previsto no parágrafo 5º do art. 461 é meramente exemplificativo, devendo o juiz aplicar, respeitando o princípio da proporcionalidade, a medida coercitiva ou de apoio que se mostrar mais adequada ao caso concreto.

Theodoro Junior,<sup>32</sup> sobre o tema, aduz o seguinte:

Embora o rol das medidas sub-rogoratórias ou de apoio contido no § 5º do art. 461 seja meramente exemplificativo, o juiz não tem um poder ilimitado na adoção de outras providências para atingir a execução específica. Expedientes condenados pela ordem jurídica, como a prisão civil por dívida, obviamente não se incluem nos meios de coerção utilizáveis na espécie.

<sup>30</sup> DIDIER JR, 2007. p.333.

<sup>31</sup> DIDIER JR, 2007. p.341.

<sup>32</sup> THEODORO JUNIOR, 2008. p.5.

Na escolha de providências extravagantes, preconiza-se a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, de sorte a guardar a relação de adequação com o fim perseguido, não podendo acarretar para o réu “sacrifício maior do que o necessário.

Sobre as medidas de apoio previstas exemplificativamente no rol do art. 461, parágrafo 5º, do CPC, o eminente professor Theodoro Junior, continua, dispondo o seguinte:

A busca e apreensão, *in casu*, é providência que pode se referir, no todo ou em parte, ao objeto criado pela execução da obrigação de fazer, bem como a alguma coisa necessária ou útil a tal execução (exemplos: materiais, projetos, ferramentas). As ordens desse tipo são tomadas incidentalmente, dentro do processo em curso, sem instauração de verdadeira execução para entrega de coisa.

A entrega de coisa para satisfazer o direito a “resultado prático equivalente” à prestação devida não é de ser descartado. As medidas sub-rogatórias do § 5º tanto são utilizáveis como preparação do julgamento do processo de conhecimento, como podem ser providências que a sentença utilize para determinar o conteúdo da condenação. Nessa última hipótese, a busca e apreensão dar-se-ia, na fase de execução da sentença onde ficaria assegurado ao credor uma coisa determinada, cuja entrega lhe proporcionaria o “resultado prático equivalente”. Imagine-se o fornecedor de um automóvel que não consegue realizar a contento a garantia de pleno funcionamento da máquina. O juiz pode transformar a obrigação de fazer (reparar o veículo) em obrigação de entregar outro automóvel em condições adequadas de operação.

A “remoção de pessoas e coisas”, prevista no art. 461, § 5º, difere da busca e apreensão porque não se destina a proporcionar a entrega do objeto apreendido ao credor. Satisfaz a obrigação de deslocamento daquilo que obsta ao credor o exercício de seu direito (ex.: remoção de placa que viola marca ou nome comercial). Em relação a pessoas, pode-se pensar na remoção de grevistas que se recusam a deixar o recinto de trabalho, por exemplo, ou no empreiteiro que não retira seu pessoal da obra cuja continuidade foi adjudicada a outrem (42).

O “desfazimento de obras”, também previsto no § 5º, do art. 461, não se restringe ao cumprimento da sentença que o tenha imposto como decorrência de obrigação de não fazer. O que se visa é permitir o expediente mesmo incidentalmente, até mesmo como antecipação de tutela, quando presentes os seus pressupostos legais. Em tais casos a demolição se dará em caráter de urgência, como cumprimento de simples mandado, sem

se sujeitar ao processo de execução, como, aliás, ocorre com as medidas cautelares e demais provimentos de urgência.

O “impedimento de atividade nociva”, igualmente autorizado pelo § 5º, do art. 461, pode ocorrer em caráter preventivo ou repressivo e segue o procedimento mandamental, para pronta efetivação. Pode ser coordenado com imposição de multa e outras medidas coercitivas como a remoção de bens e pessoas.

Para qualquer medida enquadrável nas diligências relacionadas a tutela específica ou seu equivalente prático, o juiz estará sempre autorizado a requisitar a força policial, na hipótese de ocorrer resistência injustificável à diligência. Trata-se de faculdade inerente à autoridade do órgão judicial.

Assim é que a busca e apreensão serve para apreender o objeto da execução ou o seu equivalente; a remoção de coisas e pessoas serve para deslocar aquilo que obsta ao credor o exercício de seu direito; o desfazimento de obras não se resume à decisão final, podendo ser levado a efeito até mesmo em antecipação de tutela; e o impedimento de atividade nociva pode ocorrer em caráter preventivo ou repressivo.

O art. 461 do CPC consagra, assim, segundo Didier Jr.<sup>33</sup> o poder geral de efetivação ou cláusula geral executiva, na qual estabelece um rol meramente exemplificativo das medidas executivas que podem ser adotadas pelo magistrado, outorgando-lhe poder para, à luz do caso concreto, valer-se da providência que entender necessária à efetivação da decisão judicial.

Prossegue o referido autor afirmando que o art. 461, parágrafo 5º, atende ao direito fundamental à tutela executiva, que consiste “na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva.”<sup>34</sup>

Dáí reside a necessidade, segundo o professor Didier Jr.<sup>35</sup>, de o magistrado interpretar esse direito como se interpretam os direitos fundamentais, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; afastar, aplicado o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo; e ter o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral da tutela executiva, ainda que não previstos em lei ou por ela expressamente vedados.

Cabe lembrar, ainda, que apesar de o CPC falar em faculdade ou poder discricionário do juiz na aplicação das medidas coerciti-

<sup>33</sup> DIDIER JR, 2007. p.339.

<sup>34</sup> DIDIER JR, 2007. p.340.

<sup>35</sup> DIDIER JR, 2007. p.340.



vas e de apoio para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente, nos cumprimentos de sentença que versem sobre obrigações de fazer e de não fazer, trata-se na verdade de um poder-dever, na medida em que cumpre ao juiz utilizar todos os meios possíveis para a efetivação de seus julgados, sob pena de desmoralização do próprio Poder Judiciário.<sup>36</sup>

Assim é que, quando verificada a possibilidade de cumprimento da tutela específica ou do resultado prático equivalente, é dever do juiz impor a multa coercitiva ou qualquer outra medida coercitiva como forma de compelir o devedor a cumprir a obrigação à qual foi condenado, salvo se o credor optar pela conversão da tutela específica pelo equivalente em pecúnia ou se se tornar impossível a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente.<sup>37</sup>

Não é necessário nem que tais medidas integrem os pedidos formulados pelo autor na inicial ou mesmo que o juiz se adstrinja às medidas requeridas pelo credor, visto fazerem parte dos poderes do juiz para compelir o devedor ao cumprimento da obrigação à qual foi condenado, de modo que possa entregar o bem da vida devido ao credor. Podem, dessa maneira, as medidas coercitivas ou de apoio ser cominadas *ex officio*.<sup>38</sup>

Não há que se falar, então, em violação ao princípio da congruência, segundo o qual a decisão deve ficar adstrita ao pedido formulado pela parte, no caso de o juiz utilizar-se de alguma medida coercitiva ou de apoio, no cumprimento de sentenças que versem sobre obrigações de fazer e não fazer.<sup>39</sup>

Nesse sentido, já decidiu o STJ,<sup>40</sup> conforme acórdão ementado da seguinte forma:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA ESPECÍFICA. IMPOSSIBILIDADE. PERDAS E DANOS. 1, Sentença que, ao julgar o pedido e, com apoio no art. 461, segunda parte, do Código de Processo Civil, determina a adoção de providências tendentes a assegurar o resultado prático da obrigação postulada na inicial, não afronta as disposições dos arts. 128<sup>41</sup> e 460<sup>42</sup> do mesmo código. 2. Recurso

<sup>36</sup> DIDIER JR, 2007. p.344-6.

<sup>37</sup> DIDIER JR, 2007. p.344-6.

<sup>38</sup> DIDIER JR, 2007. p.344-6.

<sup>39</sup> DIDIER JR, 2007. p.344-6.

<sup>40</sup> DIDIER JR, 2007. p.326.

<sup>41</sup> Art. 128 do CPC: O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

<sup>42</sup> Art. 460 do CPC: É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido. (STJ, 2ª T., REsp 332.772/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 04.05.2006, publicado no DJ 28.06.2006, p.225).

Sobre o assunto, Marinoni<sup>43</sup> assim se posiciona:

A necessidade de dar maior poder ao juiz para a efetiva tutela dos direitos, espelhada, em primeiro lugar, na quebra do princípio da tipicidade das formas executivas e na concentração da execução no processo de conhecimento, trouxe, ainda, a superação da idéia de absoluta congruência entre o pedido e a sentença.

Note-se que a superação dessa idéia é uma consequência lógica da quebra do princípio da tipicidade dos meios executivos e da concentração da execução no processo de conhecimento, uma vez que todas elas se destinam a dar maior mobilidade ao juiz – e assim maior poder de execução. A ligação entre tudo isso, ademais, deriva do fato de que a regra da congruência, assim como o princípio da tipicidade e a separação entre conhecimento e execução, foi estabelecida a partir da premissa de que era preciso conter o poder do juiz para evitar o risco de violação da liberdade do litigante. Tanto é verdade que, quando se pensa em congruência, afirma-se que sua finalidade é a de evitar que a jurisdição atue de ofício, o que poderia comprometer sua imparcialidade. (...)

Essa proibição tinha que ser minimizada para que o juiz pudesse responder à sua função de dar efetiva tutela aos direitos. Melhor explicando, essa regra não poderia mais prevalecer, de modo absoluto, diante das novas situações de direito substancial e da constatação de que o juiz não pode mais ser visto como um “inimigo”, mas como representante de um Estado que tem consciência que a efetiva proteção dos direitos é fundamental para a justa organização social.

Assim é que o princípio da congruência não deve ser visto como absoluto, em decorrência da quebra do princípio da tipicidade dos meios executivos e da concentração da execução no processo de conhecimento, visto que o objetivo principal do processo civil hoje é dar maior mobilidade ao juiz, para que tenha maiores poderes executivos.<sup>44</sup>

A decisão que determina a aplicação de medidas coercitivas e de apoio não preclui para o juízo ou, em outras palavras, não faz coisa julgada e não integra o patrimônio do credor, na medida em que pode ser revista a qualquer momento, em nome da conveniência e utilidade para a obtenção da tutela específica ou do resul-

<sup>43</sup> MARINONI, 2008. p.13

<sup>44</sup> MARINONI, 2008. p.14.

tado prático equivalente, nos cumprimentos de sentença que versem sobre obrigações de fazer e de não fazer.

Tanto é verdade que o § 6º do art. 461 do CPC dispõe que “o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.”

Assim é que Didier Jr.<sup>45</sup> entende que “é lícito ao magistrado, de ofício ou a requerimento da parte interessada, alterar a medida coercitiva imposta quando ela se mostrar ineficaz para a efetivação da decisão judicial ou quando se mostrar excessiva para a obtenção do resultado almejado.”

Apesar de o § 6º do art. 461 do CPC referir-se unicamente à multa, prossegue o professor Didier Jr., ele deve ser interpretado de forma ampla para abranger também toda e qualquer medida coercitiva, seja ela direta ou indireta.

Sobre o assunto, Theodoro Junior<sup>46</sup> pondera o seguinte:

A meu ver, não se deve adotar nenhuma posição rígida a respeito do tema. O fato de prolongar-se muito a inadimplência, mesmo depois de cominada a multa diária, representará, sem dúvida, motivo para melhor avaliação da pena como medida executiva indireta e funcionará como indício de sua inadequação à espécie do processo. Mas daí a dizer, só por isso que, ela deverá cessar de incidir, vai uma distância muito grande e o argumento envolve um raciocínio nem sempre convincente. O devedor pode justamente estar se prevalecendo de seu poderio econômico para prejudicar o credor, que depende substancialmente da prestação *in natura* para seus negócios. Parece-me correta a ponderação de EDUARDO TALAMINI de que o juiz não pode singularmente “premiar a recalcitrância do réu”. Em vez de se preocupar com o possível “enriquecimento sem causa” gerado pela indefinida protelação do cumprimento da sentença, deverá o juiz indagar se houve algum outro motivo para concluir que a multa se tornou inadequada ao seu objetivo institucional.

Com efeito, nem sempre deve ser revista a decisão do juiz, que cominou multa ou determinou a aplicação de outras medidas coercitivas ou de apoio, pelo simples fato de o réu não ter cumprido com a sua obrigação e estar alongando a sua inadimplência, uma vez que o devedor pode estar utilizando-se de estratégia para não cumprir com a obrigação à qual foi condenado e não sofrer nenhuma outra forma de coerção.

<sup>45</sup> DIDIER JR, 2007. p.346.

<sup>46</sup> THEODORO JUNIOR, 2008. p.3.

Todo o raciocínio supra-exposto também deve ser aplicado em caso de execução provisória, desde que respeitados os seguintes princípios desse instituto: o da responsabilidade objetiva do credor, caso a execução provisória venha a causar algum dano ao devedor; o da restituição ao estado anterior, no caso de sobrevir acórdão que anule ou modifique a decisão exequenda; e o da apresentação de caução, em caso levantamento de depósito em dinheiro e da prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado.<sup>47</sup>

A pedra de toque para a utilização das medidas coercitivas ou de apoio, nos cumprimentos de sentença de obrigações de fazer e de não fazer é o princípio da proporcionalidade.

Didier Jr.,<sup>48</sup> sobre esse princípio, assim se manifesta:

Por esse princípio, três sub-princípios devem ser observados na escolha, pelo magistrado, da providência material tendente a tutelar o bem da vida buscado pelo credor: (i) a adequação, segundo a qual o fazer ou não fazer imposto pelo juiz não pode infringir o ordenamento jurídico, devendo ser adequado a que se atinja o bem da vida almejado; (ii) a necessidade (ou exigibilidade), segundo a qual a ação material eleita deve ter a capacidade de realizar, no plano dos fatos, a tutela do direito, causando menor restrição possível ao devedor; (iii) e a proporcionalidade em sentido estrito, segundo a qual o magistrado, antes de eleger a ação material a ser imposta, deve sopesar as vantagens e desvantagens da sua aplicação, buscando a solução que melhor atenda aos valores em conflito.

Por meio deste princípio, dessa forma, a cominação de multa deve observar parâmetros razoáveis, a compatibilidade entre os fins e os meios, visando à obediência ao espírito da lei e à proibição de excessos, devendo, assim, ao juiz impor a multa coercitiva na medida necessária ao atendimento do cumprimento do julgado.

Assis<sup>49</sup> entende o seguinte, quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade para a cominação do valor da multa:

O valor da multa não guarda relação com o conteúdo econômico do direito posto em causa. Assim, um salário mínimo por dia de atraso, ou qualquer outro interstício temporal, no cumprimento representa valor assaz eficiente para pressionar modesto fornecedor de serviços (por exemplo, alguém que deixou de consertar a máquina de lavar roupa); porém, tal multa é ineficiente

<sup>47</sup> DIDIER JR., 2007. p.437-46.

<sup>48</sup> DIDIER JR., 2007. p.325.

<sup>49</sup> ASSIS, 2006. p.224.

para compelir montadora de automóveis a corrigir os defeitos estruturais de milhares de veículos.

Sem dúvida alguma, a multa é a medida coercitiva por excelência, sendo a mais utilizada na prática forense e, por isso, será objeto de uma maior análise no capítulo seguinte, cabendo ser ressaltado nesse momento que o seu valor de cominação deve ser analisado caso a caso, utilizando-se sempre o princípio da proporcionalidade.

## 2.2 A multa coercitiva para o cumprimento de sentença nas prestações de fazer e não fazer

A multa ou *astreinte* é a medida coercitiva por excelência para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente, nos cumprimentos de sentença que versem sobre obrigações de fazer e de não fazer.

Assis<sup>50</sup> ensina que a multa exerce uma pressão psicológica sobre o vencido, apresentando apenas a fraqueza intrínseca de não induzir ao cumprimento o destinatário da ordem desprovido de patrimônio penhorável.

Objetiva-se o cumprimento espontâneo do julgado. Coage-se moralmente (psicologicamente) o réu devedor a cumprir a obrigação, de forma que seja melhor para ele cumprir espontaneamente o *decisum* a ter que amargar os prejuízos da sanção imposta para o caso de descumprimento.<sup>51</sup>

O juiz, ao cominá-la, deve fazê-lo, por óbvio, em decisão motivada, abrangendo todos os aspectos envolvidos, tais como valor, termo inicial, periodicidade e duração. Ela só pára de correr se o executado atender ao comando do título executivo, se a prestação tornar-se impossível, irrealizável ou se o credor desistir da prestação *in natura* ou se, em caso de execução provisória, a decisão exequenda seja modificada ou anulada.

A *astreinte* se diferencia da multa prevista no art. 14 do CPC,<sup>52</sup> nos seguintes aspectos: a multa do art. 14 é punitiva, fixa e reverte

<sup>50</sup> ASSIS, 2006. p.223.

<sup>51</sup> MAIA, Daniel Netto. Da exigibilidade da multa prevista no art. 461, §4º, do CPC. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7659>>. p.2. Acesso em: 15 julho. 2008.

<sup>52</sup> Art. 14 do CPC: São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)  
I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;  
II - proceder com lealdade e boa-fé;  
III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

ao Estado; a multa do art. 461 é coercitiva, para forçar o cumprimento de uma obrigação, é normalmente periódica e revogável ou modificável e reverte às partes.

Com relação à multa prevista no art. 475-J do CPC,<sup>53</sup> por sua vez, as diferenças são as seguintes: a multa do art. 475-J é punitiva e fixa, não possuindo caráter coercitivo, sendo que ambas revertem às partes.

Assim é que a multa prevista no art. 461, parágrafo 5º do CPC não é nem indenizatória, nem punitiva; é coercitiva.

Daniel Maia Netto<sup>54</sup> ensina o seguinte, quanto à natureza jurídica das *astreintes*:

Dada a natureza coercitiva, a multa em apreço destina-se prioritariamente ao cumprimento da obrigação, sem visualizar a questão reparatória (...).

Primeiramente, observamos que o valor da multa pecuniária será devido independentemente das perdas e danos. Isto, inclusive, é regra em nossa legislação instrumental, que no §2º do seu artigo 461, estabelece que a multa será devida independentemente das perdas e danos.

Sendo assim, são perfeitamente cumuláveis a multa e a indenização por perdas e danos.

Evidentemente, uma vez desprovida da finalidade ressarcitória, a multa poderá ser devida mesmo no caso de ausência de qualquer prejuízo em decorrência do não cumprimento da obrigação.

Por força disto, podemos afirmar que o valor da multa não está adstrito ao valor da obrigação principal.

---

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

<sup>53</sup> Art. 475-J do CPC: Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

<sup>54</sup> MAIA, 2008. p.3.

Assim é que a multa deve ser dissociada da indenização por perdas e danos e de qualquer ideia de punição, por ter caráter meramente coercitivo, e não indenizatório ou punitivo.

Didier Jr.<sup>55</sup> aduz, ainda, que, justamente por ser coercitiva, não pode ser irrisória, pois deve “gerar no íntimo do devedor o temor do descumprimento”; deve reverter às partes, podendo, inclusive ser cumulativa à indenização por perdas e danos e à multa do art. 14 do CPC.

Quanto ao valor, conforme referido acima, deve ser cominada respeitando-se o princípio da proporcionalidade, não existindo, porém, teto para a mesma, nem mesmo no procedimento dos Juizados Especiais, podendo, ainda, ultrapassar o valor da própria obrigação. Contudo, nos casos em que a multa se tornar desproporcional, cabe ao juiz reduzi-la ou aumentá-la, se tiver sido arbitrada em valor insuficiente.<sup>56</sup>

No que concerne ao destinatário da multa, este pode ser o autor, o réu ou mesmo um terceiro, ou seja, qualquer pessoa que deva cumprir prestação de fazer ou não fazer decidida em um processo judicial.<sup>57</sup>

A título de exemplo, o juiz pode determinar que uma pessoa jurídica cumpra uma obrigação, impondo multa a ela e à pessoa física que tenha poderes para determinar o cumprimento da ordem judicial.<sup>58</sup>

A Fazenda Pública também pode ser alvo da multa coercitiva prevista no art. 461, parágrafo 5º do CPC.

Greco Filho<sup>59</sup> entende de forma diversa nos seguintes termos:

São inviáveis a cominação e a imposição de multa contra pessoa jurídica de direito público. Os meios executivos contra a Fazenda Pública são outros. Contra esta a multa não tem nenhum efeito cominatório, porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo. Não tendo efeito cominatório, não tem sentido a sua utilização como meio executivo.

Entretanto, Didier Jr.<sup>60</sup> sustenta, concordando com Eduardo Talamini, que a má conduta do administrador não pode servir de argumento para eximir os entes públicos da submissão a esse tipo de coerção processual. Em tais casos, cumpre ao poder público res-

<sup>55</sup> DIDIER JR, 2007. p.349.

<sup>56</sup> DIDIER JR, 2007. p.349-351.

<sup>57</sup> DIDIER JR, 2007. p.352-354.

<sup>58</sup> DIDIER JR, 2007. p.353.

<sup>59</sup> *In*: DIDIER JR, 2007. p.354.

<sup>60</sup> DIDIER JR, 2007. p.354.

ponsabilizar o servidor renitente nas esferas administrativas, civil e criminalmente, se for o caso, cabendo-lhe ressarcir o erário quando verificada atuação dolosa ou culposa.

Sustenta, ainda, o seguinte:<sup>61</sup>

De qualquer sorte, para evitar a renitência dos maus gestores, nada impede que o magistrado, no exercício do seu poder geral de efetivação, imponha as *astreintes* diretamente ao agente público (pessoa física) responsável por tomar a providência necessária ao cumprimento da prestação.

Assim é que Didier Jr. vai mais longe ao afirmar que a multa coercitiva pode ser imposta tanto para a Fazenda Pública quanto para o administrador recalcitrante.

Theodoro Júnior afirma, quanto à multa prevista no art. 461 do CPC, que, “se o juiz verificar que a prestação específica já era impossível desde o tempo da sentença, não poderá manter na execução a exigência da multa indevidamente estipulada pelo inadimplemento da obrigação de fazer.”<sup>62</sup>

Tal faz sentido na medida em que a multa do art. 461 do CPC não tem caráter punitivo, não se incorporando assim ao crédito exequendo em todas as hipóteses.

Com efeito, dado o seu caráter coercitivo, sua finalidade é tão somente possibilitar de modo mais célere e efetivo a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente, não servindo para penalizar o devedor.

Dessa maneira, se sua finalidade não pode ser cumprida, porque a prestação *in natura* tornou-se impossível, desde antes da sentença, mesmo que por culpa do devedor, por exemplo, não faz sentido manter a multa na execução do julgado, visto que não se incorporou ao patrimônio do credor.

Ela somente se incorporará ao patrimônio do credor se a impossibilidade da prestação *in natura* da obrigação de fazer ou não fazer for superveniente à sentença.

Assim, verifica-se que, em apenas 2 casos, a multa não poderá ser utilizada ou será ineficaz: quando a prestação da tutela específica for impossível desde antes da sentença e quando o devedor for insolvente.

Sobre essa questão, Marinoni<sup>63</sup> entende que “convém deixar claro, desde logo, que a multa não poderá ser usada – nem pode-

<sup>61</sup> DIDIER JR, 2007. p.355.

<sup>62</sup> THEODORO JÚNIOR, 2008. p.37.

<sup>63</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A efetividade da multa na execução da sentença que condena a pagar dinheiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5953>>. p.2. Acesso em: 15 julho. 2008.



ria - contra a pessoa que não possui patrimônio. O seu objetivo não é o de castigar o inadimplente. É o de dissuadir - aquele que possui patrimônio - a não pagar."

Quanto à execução da multa coercitiva, deve seguir o rito das execuções para satisfação de prestação pecuniária, ou seja, o rito previsto no art. 475-J e seguintes do CPC, devendo ser utilizado o útil e célere mecanismo da penhora *on line*, sempre que o devedor mostrar-se renitente, como forma de conferir executividade máxima à obrigação de pagar quantia.

Com efeito, de nada terá efeito a cominação da multa, se o executado sentir que pode esquivar-se, ou pelo menos postergar, tanto o pagamento da multa, quanto o cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer.

Em virtude de seu caráter processual, o que autoriza a exigibilidade da multa pecuniária é a violação da ordem judicial, é o desrespeito do réu ao poder jurisdicional. O seu 'fato gerador' considera apenas e tão somente a relação jurídica existente entre as partes e juiz, o dever daquela em atender às ordens deste, enquanto forem eficazes.<sup>64</sup>

Nesse sentido, o seguinte julgado:

AGRAVO RETIDO - Tirado da decisão que indeferiu aca-reação entre testemunhas - Providência probatória inútil - Inteligência dos artigos 130 e 400, I e II, do Código de Processo Civil - Improvimento. As *astreintes* foram instituídas para convencer o devedor a cumprir a obrigação de fazer em tempo razoável (artigo 461, §§ 2º e 4º, do Código de Processo Civil); quando ocorre incumprimento injustificado, com o devedor pouco ou nada importando com a possível incidência das *astreintes*, a sua exigibilidade passa a ser questão de honra para a efetividade do processo (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal) - Improvimento da apelação. (Apelação Cível n. 119.016-4/0 - Taubaté - 3ª Câmara de Direito Privado - Relator: Énio Santarelli Zuliani - 29.05.01).<sup>65</sup>

Porém, no que concerne ao momento de exigibilidade da multa, Humberto Theodoro Junior<sup>66</sup> ensina que "pode haver execução da multa cominatória tanto em face da decisão de antecipação de tutela como da sentença definitiva. No primeiro caso, porém, a execução será provisória".

Ou seja, o professor Theodoro Junior entende que a execução da multa pode ocorrer mesmo antes do trânsito em julgado da sentença, porém, nesse caso, será provisória.

<sup>64</sup> MAIA, 2008. p.6.

<sup>65</sup> MAIA, 2008. p.9.

<sup>66</sup> THEODORO JUNIOR, 2008. p.38-9.

Didier Jr.,<sup>67</sup> por sua vez, completa o raciocínio acima, no seguinte sentido, seguindo entendimento de Talamini:<sup>68</sup>

A multa é exigível “assim que eficaz a decisão que a impôs – ou seja, quando não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo *ex lege*”. Com base nessa premissa, a multa fixada em decisão antecipatória da tutela seria exigível desde logo, pois o agravo não tem, em regra, efeito suspensivo, por expressa disposição de lei (a menos que, excepcionalmente, o relator do recurso lhe atribua tal efeito, na forma dos arts. 527, III e 558 do CPC). Sendo assim, caberia, em sua opinião, execução provisória do crédito.

O citado autor reputa que a inexecuibilidade imediata da multa que acompanha a tutela antecipada retiraria boa parte da eficiência concreta do meio coercitivo e, consequentemente, das próprias chances de sucesso da antecipação, pois não haveria ameaça de pronta afetação do patrimônio do réu. Em sua opinião, a perspectiva de remota execução não pressiona nem impressiona. Ainda segundo TALAMINI, se ao final do processo se concluir que o autor não tinha direito à tutela específica (foi vencido), “ficará sem efeito o crédito derivado da multa que eventualmente incidiu”, perdendo o objeto a execução provisória eventualmente iniciada. Se o beneficiário da multa teve negado o seu direito à tutela específica após o trânsito em julgado (por ação rescisória, por exemplo), o crédito eventualmente executado e satisfeito deverá ser devolvido ao vencedor, eis que a multa não vem resguardar a autoridade jurisdicional, não vem punir, e sim serve para resguardar o direito da parte que pediu sua imposição. Assim, se ao final não viu certificado o direito que pretendia fosse resguardado, não há porque receber o valor da multa.

Assim, a qualquer momento, pode o credor executar a multa coercitiva, provisória ou definitivamente, só devendo, entretanto, ingressar em seu patrimônio a multa (o valor pecuniário) após decisão definitiva de que é vencedor na demanda.

Vale lembrar que não é possível executar multa judicial, qualquer que seja ela, sem previamente submetê-la ao procedimento de liquidação. Só após tal procedimento é que se terá o título executivo judicial líquido, certo e exigível. Essa liquidação compreenderá não só a comprovação de que a prestação não se cumpriu no prazo assinado, como também de quanto durou o retardamento.

<sup>67</sup> DIDIER JR, 2007. p.357-62.

<sup>68</sup> TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2 ed. São Paulo: RT, 2006. p.258. *apud* DIDIER JR, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2007. p.357. v.2.

Se esses dados já estiverem certificados nos autos, a liquidação se resumirá num simples cálculo aritmético; havendo necessidade de apuração de dados novos, o procedimento terá de ser o da liquidação por artigos.<sup>69</sup>

Deve ser ressaltado, ainda, que, como o valor da multa pode ser revisto pelo juiz, a execução da multa poderá sofrer modificações, no decorrer do procedimento executório, sem que isso constitua qualquer ato contra o instituto da coisa julgada, como visto anteriormente.

Theodoro Junior,<sup>70</sup> nesse particular, refere que:

A multa uma vez fixada não se torna imutável, pois ao juiz da execução atribui-se poder de ampliá-la ou reduzi-la, para mantê-la dentro dos parâmetros variáveis, mas sempre necessários, da “suficiência” e da “compatibilidade”; mesmo quando a multa seja estabelecida na sentença final, o trânsito em julgado não impede ocorra sua revisão durante o processo de execução; ela não integra o mérito da sentença e como simples medida executiva indireta não se recobre do manto da *res iudicata*.

Assim é que o valor da multa não fica coberto pelo manto da coisa julgada, podendo ser alterado, dentro do princípio da proporcionalidade, sempre que o juiz entender necessário.

Dessa forma, a execução da multa pecuniária pode vir a sofrer modificações, quanto ao valor exequendo, se houver alteração do valor da multa fixado pelo juiz.

Ademais, se a obrigação se converter em perdas e danos, já não há mais razão para praticar um expediente sub-rogatório cuja existência pressupõe a exigibilidade *in natura* da obrigação de fazer. Nesse caso, o devedor permanecerá responsável pelas *astreintes* vencidas até quando se constatou a inviabilidade do prosseguimento da execução específica<sup>71</sup>.

## 2.3 A prisão civil

Vale observar que há doutrinadores, tal como Marinoni,<sup>72</sup> que defendem a decretação de prisão civil, como medida coercitiva para o cumprimento de sentenças que versem sobre obrigação de fazer

<sup>69</sup> THEODORO JUNIOR, 2008. p.4.

<sup>70</sup> THEODORO JUNIOR, 2008. p.2-3.

<sup>71</sup> THEODORO JUNIOR, 2008. p.3.

<sup>72</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória e Tutela de Remoção de Ilícito**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>. p.22-5. Acesso em: 15 julho. 2008.

e não fazer, o que, entretanto, constitui entendimento isolado na doutrina, a teor do disposto no art. 5º, LXVII da Constituição Federal.

Ensina o seguinte o referido doutrinador:<sup>73</sup>

Considerando a tutela inibitória que impõe um não-fazer, a tutela inibitória que impõe um fazer e a tutela de remoção de ilícito, é fácil concluir que a prisão poderá ser utilizada para impor um não-fazer ou mesmo para impor um fazer infungível que não implique em disposição de dinheiro e seja imprescindível à efetiva proteção de um direito. Nesses casos, ao mesmo tempo em que prisão não estará sendo usada para constranger o demandado a dispor de patrimônio, ela estará viabilizando – no caso em que a multa e a medida de execução direta não se mostrarem adequadas – a efetiva prevenção do direito, ou melhor, a tutela jurisdicional específica por excelência, única a permitir a tutela dos direitos que não se conciliam com o ressarcimento.

Didier Jr.,<sup>74</sup> por sua vez, entende que o termo “dívida”, expresso no art. 5º, LXVII da CF/88, consiste em uma obrigação de cunho patrimonial.

Assim, entende o seguinte, quanto à possibilidade de utilização da prisão civil como medida coercitiva no processo civil:

Uma obrigação de fazer, de não fazer ou de dar coisa distinta de dinheiro de conteúdo patrimonial não pode ser efetivada por prisão civil. Cabe, em tese, prisão civil como medida executiva atípica para a efetivação de decisão judicial que reconheça direito não patrimonial (*non money judgement*).

[...]

Essa opção não representa, em absoluto, um desprezo à liberdade individual. Apenas significa dizer que a liberdade individual não é (e não pode ser) um valor absoluto, de modo que ela deve, sim, ser protegida, mas pode também ser restringida nos casos em que a prisão civil se mostrar como único meio idôneo, necessário e razoável à realização de outros direitos fundamentais.

[...]

É natural, contudo, que, diante do valor inerente à liberdade individual, a prisão civil – e isso é um ponto pacífico para os que, como nós, a admitem como medida coercitiva atípica – só deve ser utilizada em último caso, quando não foi possível alcançar a tutela específica ou o resultado prático equivalente por nenhum outro meio. Deve-se lembrar ainda que essa medida não pode ser utilizada quando o cumprimento da ordem judicial exigir que a parte tenha que dispor de parte de

<sup>73</sup> MARINONI, 2008. p.24.

<sup>74</sup> DIDIER JR., 2007. p.365-367.

seu patrimônio. Além disso, o magistrado, antes de decretá-la, deve garantir o exercício do contraditório, permitindo que as partes, sobretudo o destinatário da medida, falem sobre o assunto e, se for o caso, produzam prova para demonstrar o que for necessário. No mais, é prudente que o julgador, optando por impor a prisão civil, fixe desde logo o seu prazo de duração, salientando que o cumprimento, pelo devedor, da prestação imposta faz cessar de imediato a incidência da medida coercitiva.

Dessa forma, o professor Didier Jr. defende que não constitui inconstitucionalidade a decretação de prisão como medida coercitiva para o cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer de cunho não patrimonial, a exemplo dos direitos da personalidade.

Entretanto, Moraes<sup>75</sup> afirma que as hipóteses excepcionais que autorizam a prisão civil, previstas na CF/88, “são taxativas, impossibilitando seu alargamento por determinação do legislador ordinário.”

Assis, ao expor sobre a necessidade de entrega da tutela específica ao vencedor da demanda, afirma o seguinte:<sup>76</sup>

Bastará ao vencedor, no entanto, a emissão de ordem. É preciso que seja cumprida no mundo real. Ora, dirigida a servidores públicos ou a particulares em colaboração com o Poder Público, dificilmente surgirá campo propício à rebeldia e ao descumprimento. Por exemplo, o oficial público que recebe ordem do juiz para alterar seu registro, ou a autoridade administrativa que recebe ordem para interditar o estabelecimento que emite sons além da hora e dos limites permitidos, nenhum não-motivo concreto tem, via de regra, para desobedecer ao juiz; porém, o empresário que recebe ordem para cessar as emissões poluidoras, ou instalar equipamentos que a evitem, já exhibe interesses econômicos para arrostar a autoridade do juiz. Nos países anglo-saxônicos, por muitos vistos como paradigma de eficiência, o meio para induzir à pronta obediência consiste em impor sanções ao destinatário do injunction. E a sanção mais eficiente é a prisão do recalcitrante.

Ora, o art. 461, § 5º do CPC, a despeito das controvérsias, não autoriza semelhante providência, salvo a prisão em flagrante pelo crime de desobediência, cuja caracterização oferece inúmeras dificuldades.

Assim é que, como a maioria dos doutrinadores brasileiros, Assis entende que somente pode ocorrer prisão civil por dívida, nos ca-

<sup>75</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.134.

<sup>76</sup> ASSIS, 2006. p.221-2.

sos de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e de depositário infiel, seja pela ação de depósito regulada no Código Civil, seja pelos contratos de alienação fiduciária em garantia.

Indo mais além, segundo Moraes,<sup>77</sup> a vedação da prisão civil, fora das hipóteses já admitidas pela CF/88, constitui direito fundamental criado por uma ordem superior universal, imutável e inderrogável, segundo a teoria jusnaturalista:

A teoria jusnaturalista fundamenta os direitos humanos em uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. Por essa teoria, os direitos humanos fundamentais não são criações dos legisladores, tribunais ou juristas e, conseqüentemente, não podem desaparecer da consciência dos homens.

Ainda segundo essa teoria, os direitos humanos fundamentais, em um país soberano, não podem retroceder jamais, nem mesmo com a ruptura da Constituição vigente, entendendo-se, dessa maneira, que, ainda que a Constituição de 1988 fosse substituída por outra, não poderiam ser abrangidas as hipóteses de cabimento de prisão civil.

Ante o exposto, conclui-se pela impossibilidade de utilização da prisão civil como medida coercitiva no cumprimento de sentenças que versem sobre obrigação de fazer e de não fazer.

## Conclusão

Por todo o exposto, pode-se concluir que as recentes alterações da legislação processual civil, em especial as trazidas pelas leis n. 8.952/94 e 10.444/02, ao art. 461 do CPC, objeto do presente trabalho, configuram grandes avanços para a satisfação do credor em processos judiciais.

Com efeito, não mais existe a necessidade de dois procedimentos, um para a certificação do direito (processo de conhecimento) e outro para a satisfação do credor (processo de execução), no âmbito do processo civil, haja vista ter sido encampada a idéia do processo sincrético, no qual se certifica o direito e se satisfaz o credor no mesmo rito.

Além do mais, para as obrigações de fazer, o art. 461 do CPC trouxe o princípio da primazia da tutela específica ou do resultado prático equivalente, de modo que devem ser utilizadas pelo juiz medidas coercitivas e de apoio, tais como imposição de multa por

<sup>77</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.16.

tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial, tudo visando à entrega do bem da vida devido ao credor.

Conforme referido no presente trabalho, a medida coercitiva, por excelência, é a multa, que exerce uma pressão psicológica sobre o vencido, para que cumpra a obrigação à qual foi condenado, da forma mais célere e eficaz possível.

A demora na conclusão do processo é sempre prejudicial à parte que tem razão, e benéfico à que não a tem. Assim, nada mais justo que o processo seja dotado de mecanismos capazes de dar eficácia, celeridade e justeza às decisões judiciais, devendo o processo civil evoluir cada vez mais nesse sentido.

Deve haver, assim, a valorização do direito do credor em relação ao do devedor. Inúmeras são as garantias concedidas ao devedor em nome do devido processo legal, da segurança jurídica e do princípio da menor gravosidade, que são de extrema importância, mas o que não se pode perder de vista é que há um direito mais importante a ser tutelado, o do credor.

O credor deve ter assegurado o seu direito a uma justiça eficaz e à razoável duração do processo, direito este incluso entre os considerados fundamentais na Constituição.

Nesse sentido, não basta apenas o legislador criar institutos processuais novos que tenham por objetivo contribuir para a segurança jurídica de uma sociedade, que não deseja ver somente o seu direito declarado, mas também garantido e cumprido, de forma justa, célere e eficaz.

É necessário também que os operadores do direito – juízes, tribunais e advogados – apliquem diariamente tais institutos, de modo que possa ser modificada a cultura atualmente existente no país, no sentido de que o devedor pode prolongar um processo judicial, sem dar cumprimento à obrigação devida, por vários e vários anos, ao seu bel prazer.

Daí a importância de maximizar o efeito coativo de todas as medidas permitidas pelo ordenamento jurídico, em especial das *astreintes*, com a sua exigibilidade imediata, atribuindo-se, desta forma, um maior grau de executividade para as decisões judiciais, utilizando-se especialmente o mecanismo da penhora *on line* para fazer cumprir o pagamento da multa por parte do devedor renitente.

## Referências

ASSIS, Araken de. **Cumprimento de Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. Teresa Variações sobre a multa do *caput* do art. 475-J do CPC na redação da Lei n. 11.232/2005. In: WAMBIER, Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da nova execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.128-66.

CALMON, Petrônio. Sentença e títulos executivos judiciais. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. (coords.) **A nova execução dos títulos judiciais: comentários à lei n. 11.232/05**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DAMASCENO, Artane Inarde de Siqueira. **A execução de título judicial e a supremacia da efetividade**. Uma releitura principiológica. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11060&p=2>>. Acesso em: 15 julho. 2008.

DIDIER JR, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 2.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Sentença e liquidação no CPC: Lei n. 11.232/2005**. Material da 6ª aula da disciplina Cumprimento das decisões e processo de execução, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil - UNISUL-IBDP-REDE LFG.

MAIA, Daniel Netto. **Da exigibilidade da multa prevista no art. 461, §4º, do CPC**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7659>>. Acesso em: 15 julho. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória e Tutela de Remoção de Ilícito**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>. Acesso em: 15 julho. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5045>>. Acesso em: 15 julho. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A efetividade da multa na execução da sentença que condena a pagar dinheiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5953>>. Acesso em: 15 julho. 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coords.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional - Princípios Constitucionais do Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de execução civil**. p.14-26, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. Material da 7ª aula da disciplina Cumprimento das decisões e processo de



execução, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil - UNISUL-IBDP-REDE LFG.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v.1.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.2.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2904&p=2>>. Acesso em: 15 julho. 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues *et al.* **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.



# **Execução provisória no processo civil: uma análise comparativa entre o direito espanhol e o direito brasileiro a partir da Lei nº 11.232/2005**

**Wilson de Souza Malcher**

*Advogado da Caixa no Rio Grande do Sul  
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual  
Especialista em Direito Processual Civil - IBDP  
MBA em Direito Econômico e das Empresas - FGV/DF  
Mestre em Direito Processual - Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra-Portugal  
Doutorando em Direito Processual - Faculdade de  
Direito da Universidade de Salamanca-Espanha*

## **RESUMO**

A Lei processual espanhola, no caso, a *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, de 7 de janeiro, introduziu sérias mudanças na regulação da matéria relativa à execução provisória. O Brasil, por sua vez, com a Lei 11.232/2005, de 23 de dezembro, também altera o Código de Processo Civil e passa a considerar a execução da sentença como uma fase do processo de conhecimento, não mais um processo autônomo. Porém, ainda trata a execução provisória comum como uma exceção, afinal a regra geral é a de que o recurso de apelação possui duplo efeito, devolutivo e suspensivo.

A execução provisória espanhola, as similitudes e as distinções em relação ao procedimento adotado pelo ordenamento processual brasileiro constituem o objeto de análise do presente estudo.

Palavras-chave: Execução. Provisória. Impugnação. Suspensão. Revogação.

## **RESUMEN**

La Ley procesal española, en caso, la *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, de 7 de enero, ha introducido serios cambios en la regulación de la materia relativa a la ejecución provisional. En Brasil, por su vez, la Ley 11.232/2005, de 23 de diciembre, también altera el Código de Proceso Civil brasileño y pasa a considerar la ejecución de la sentencia como una fase del proceso declarativo, no más un proceso autónomo. Pero, trata la ejecución provisional

como una excepción, porque la regla general es que el recurso de apelación tiene doble efecto, devolutivo y suspensivo.

La ejecución provisional española, las similitudes y las distinciones en relación al procedimiento adoptado por el ordenamiento procesal brasileño constituyen el objeto de análisis del presente estudio.

Palabras-llave: Ejecución. Provisional. Oposición. Suspensión. Revogación.

## Introdução

Pretendemos, aqui, apresentar o novo regime de execução provisória adotado pelo ordenamento jurídico-processual espanhol, de acordo com a Lei 1/2000, de 7 de janeiro (Lei Processual Civil espanhola, agora, simplesmente, LEC), em comparação à sistemática adotada no Brasil a partir da Lei 11.232/2005, de 23 de dezembro, que altera o Código de Processo Civil e passa a considerar a execução da sentença como uma fase do processo de conhecimento, não mais um processo autônomo.

O acesso à justiça, com efeito, é um direito fundamental a todos garantido. Essa garantia de acesso à ordem jurídica justa, materializada em uma prestação jurisdicional célere, adequada e eficaz, também deve estar presente na tutela executiva, definitiva ou provisória.

Na epígrafe XVI da Exposição de Motivos da LEC 2000, é reconhecido que a nova regulação da execução provisória é “uma decidida opção pela confiança na Administração da Justiça”, bem como é uma aposta consciente na não divisão da Justiça, pois desde a primeira instância “considera provisoriamente executáveis, com razoáveis temperamentos e exceções, as sentenças condenatórias ditadas nesse grau de jurisdição”.

A execução provisória brasileira, ao contrário, é, atualmente, uma exceção, porque a regra geral é a de que o recurso de apelação tem efeitos suspensivos, ou melhor, duplo efeito, devolutivo e suspensivo. Logo, faz com que a sentença impugnada tenha sua eficácia obstada até a efetiva apreciação pelo tribunal de segunda instância. Essa posição do legislador brasileiro não permite usufruir de dois principais benefícios de uma justiça célere: a brevidade no tempo da prestação jurisdicional e o embaraço ao recurso com ânimo exclusivamente dilatório.

No desenvolvimento do estudo teremos a oportunidade de discorrer sobre a evolução legislativa desse fenômeno, suas características e requisitos específicos, bem como todo o procedimento adotado pelos dois ordenamentos jurídicos.

## 1 A execução provisória como direito fundamental

O acesso à justiça é, nos dias atuais, um dos temas mais debatidos, sobretudo porque se chegou à abstração da tipologia tradicional que promovia, de certo modo, uma confusão com o tema “acesso aos tribunais”.

A Constituição Espanhola (CE) de 1978 demonstra, no art. 24, n.º 1, o caráter fundamental do acesso à jurisdição pelos cidadãos espanhóis e para a obtenção satisfatória de suas pretensões mediante um processo justo e com as garantias devidas.

Estatui o citado art. 24, n.º 1:

*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

No Brasil, o direito de acesso à justiça está garantido na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”<sup>1</sup>

Por isso, é comum a observação de que a atuação do Estado é necessária para garantir o direito de acesso eficaz à justiça. Merece especial atenção a nova regulação espanhola acerca da instituição da execução provisória, sem necessidade de prestar fiança nem caução, como fruto da experiência forense, notadamente da doutrina emanada do Tribunal Constitucional no sentido de considerar o direito à execução provisória das sentenças um direito fundamental compreendido no art. 24.1 CE, bem como ao direito a um processo sem dilações indevidas (art. 24.2 CE).

Velázquez Martín<sup>2</sup> sustenta que, à vista do preceito constitucional (art. 118), segundo o qual “é obrigatório o cumprimento das sentenças e demais resoluções firmes ditadas por Juízes e Tribunais, assim como da própria LEC, persiste o caráter excepcional da execução provisória. No que, *data venia*, ousamos discordar, por entender que o legislador espanhol, a partir da LEC 1/2000, concebeu uma execução provisória em caráter geral, como elemento de confiança na Administração da Justiça e como forma de dissuadir os recursos protelatórios e temerários, bem como a efetividade da tutela jurisdicional (art. 21.1 CE).

<sup>1</sup> Assim, na presença de violação de direito, mediante lesão ou ameaça, e desde que efetivado o pedido de prestação judicial pelo interessado, o Poder Judiciário estará obrigado a intervir.

<sup>2</sup> VELÁZQUEZ MARTÍN, Maria Angeles. **La ejecución provisional en el proceso civil en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Madrid: Dykinson, s/d. p.17.

## 2 A evolução legislativa

A nova configuração da execução provisória efetuada pela LEC 1/2000, como reconhece sua Exposição de Motivos, é uma das principais novidades desse texto legal,<sup>3</sup> notadamente com a mudança radical na regulação do fenômeno. Até então, a execução provisória, em termos gerais, era uma desconhecida para a legislação espanhola.

Com a LEC de 1855, somente eram provisoriamente executáveis as sentenças recorridas quando os pronunciamentos de primeira e segunda instâncias eram coincidentes. A LEC de 1881, de forma idêntica, manteve a limitação da execução provisória das sentenças ditadas em segunda instância, com a supressão, no entanto, da exigência de coincidência dos pronunciamentos precedentes, conforme recorda Velázquez Martín.<sup>4</sup>

Na Lei de Reforma Urgente de 6 de agosto de 1984 (Lei 34/1984), a execução provisória seguia tendo caráter excepcional, frente ao efeito suspensivo dos recursos.<sup>5</sup> Como admitido até hoje no direito brasileiro, onde a sentença é executada na pendência do recurso de apelação somente na hipótese excepcional (art. 520 CPC), ou seja, nas situações de apelação recebida apenas no efeito devolutivo.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> A epígrafe XVI da EM de la LEC1/2000 diz expressamente: *"La regulación de la ejecución provisional es, tal vez, una de las principales innovaciones de este texto legal. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil representa una decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia y, de manera consecuente, considera provisionalmente ejecutables, con razonables temperamentos y excepciones, las sentencias de condena dictadas en esse grado jurisdiccional"*.

<sup>4</sup> VELÁZQUEZ MARTÍN. s/d. p.13.

<sup>5</sup> Porém, nota-se uma reforma importante: a possibilidade de execução provisória de sentenças de primeira instância. A execução provisória passa a ser contemplada como um mecanismo comum de satisfação do credor. Sobre o tema VELÁZQUEZ MARTÍN (s/d, p.13-4), transcreve o pronunciamento da Audiência Provisional de Madri, nos Autos de 30 de janeiro de 1998: *"el sentido de la reforma no era consagrar a ultranza tal principio del doble efecto de los recursos, sino el de aflojar sus lazos, permitiendo la ejecución provisional de la sentencia y otras resoluciones, con un doble afán, el de anticipar los efectos del fallo, y evitar que el recurso, amen su dilación natural, se convierta en refugio legal, seguro y cómodo, de la morosidade más recalcitrante"*.

<sup>6</sup> O art. 520 CPC dispõe: *"A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: I – homologar a divisão ou a demarcação; II – condenar à prestação de alimentos; III – (Revogado pela Lei n.º 11.232, de 22-12-2005); IV – decidir o processo cautelar; V – rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; VI – julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem; VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela"*.

Como no ordenamento brasileiro a regra geral é a de que a apelação seja recebida no duplo efeito (devolutivo e suspensivo), a execução provisória é uma exceção. Logo, um verdadeiro descompasso ante os avanços processuais alcançados pela legislação brasileira recente, sobretudo com a introdução da “antecipação de tutela”, do art. 273 CPC.<sup>7</sup>

Marinoni<sup>8</sup> tece dura crítica ao tema, asseverando que “um sistema que trabalha com a antecipação de tutela e não admite a execução imediata da sentença, ao menos nos casos em que a tutela antecipatória é aceita, é no mínimo contraditório”.<sup>9</sup> Com o que concordamos integralmente.

### 3 Conceito e natureza jurídica

De acordo com a estabilidade da eficácia do título executivo judicial, a execução será definitiva (ordinária) ou provisória.

Nosso estudo está centrado na execução provisória de decisões judiciais, ou seja, de sentenças condenatórias ainda não consideradas “firmes”, ou seja, não transitadas em julgado.

Segundo o art. 524.2 da LEC/2000, *“la ejecución provisional de sentencias de condena, que no sean firmes, se despachará y llevará a cabo, del mismo modo que la ejecución ordinaria, por el tribunal competente para la primera instancia”*.

O legislador espanhol, portanto, optou por considerar provisoriamente executáveis, em caráter geral, as sentenças condenatórias

<sup>7</sup> A tutela antecipatória dos efeitos da sentença é, na definição de NERY JUNIOR (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p.546), “tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, doando ao demandante o bem da vida pelo pretendido com a ação de conhecimento”. Tem, portanto, o objetivo de entregar ao demandante, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida no Tribunal. É de inspiração italiana (*provvedimenti d’urgenza*), porém a realidade normativa italiana não prevê uma tutela antecipatória similar a do direito brasileiro. O instituto brasileiro é singular pois permite que a tutela antecipada seja concedida em caso de urgência (art. 273, I); como também, quando ocorrer abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II), neste caso, uma preocupação do legislador brasileiro com a *efetividade do processo*.

<sup>8</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; CRUZ ARENHART, Sérgio. **Curso de processo civil. Execução**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.v.3. p.347.

<sup>9</sup> A Lei n.º 10.352/2001 chegou a alterar o art. 520 CPC, ao introduzir o inciso VII, mencionado acima, ao afirmar que o recurso de apelação deverá ser recebido apenas no efeito devolutivo quando a sentença confirmar a tutela antecipatória. Porém, esta alteração não resolve o problema. Segundo leciona MARINONI (2007. p.348), a lei deveria ter dito: *“a sentença pode ser executada na pendência da apelação quando esteja presente o fundado perigo de dano, pouco importando se a tutela antecipatória foi ou não concedida, e, se a sentença está ou não confirmando-a”*.

não firmes por se encontrarem recorridas sem necessidade de prestar fiança, eliminando também o duplo efeito do recurso de apelação, ao menos em respeito às resoluções provisoriamente executáveis e às sentenças desestimatórias da demanda que ponha fim ao processo (art. 456.2 LEC).<sup>10</sup>

Tem-se, dessa forma, um conceito legal de execução provisória. Precisamente, um modelo de execução provisória sem fiança, igual ao sistema ordinário de satisfação do credor e de confiança na Administração da Justiça.

O Código de Processo Civil brasileiro, nos artigos 475-I, parágrafo primeiro e 475-O, com redação determinada pela Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005, chega muito próximo da opção legislativa espanhola. Confira-se:

É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo. (Art. 475-I, § 1º, CPC)

Um conceito doutrinário, nas palavras de Camara Ruiz: <sup>11</sup>

*Podemos definir la ejecución provisional como el proceso de ejecución por el que el órgano jurisdiccional realiza una serie de actividades, para acomodar la realidad exterior a lo establecido en el título ejecutivo – una resolución sobre el fondo carente de firmeza – con incidencia en la esfera jurídica y patrimonial de quien venga obligado por el título, quedando superditada la permanencia de dicha actividad ejecutiva a lo que resulte del recurso interpuesto contra la resolución definitiva.*

Assim, a partir de um título executivo judicial (sentença não firme e recorrida) pode ser cobrado de plano, até que a decisão que resolva o recurso revogue ou mantenha a sentença impugnada. Daí alguns autores afirmarem que a denominação “provisória” carece de exatidão. Talvez a melhor denominação seria “execução condicional” ou “execução antecipada”, até porque o provisório se destina a ser sucedido pelo definitivo, o que não ocorre com a execução provisória, que se despachará e se levará a cabo do mesmo modo que a execução ordinária.

<sup>10</sup> O art. 456.3 da nova LEC dispõe que “*las sentencias estimatorias de la demanda, contra las que se interponga recurso de apelación, tendrán, según la naturaleza y contenido de sus pronunciamientos, la eficacia que establece el Título II del Libro III de esta Ley*”, remetendo, precisamente, às normas da execução provisória.

<sup>11</sup> CAMARA RUIZ *apud* ORTELLS RAMOS, Manuel. **Derecho Procesal Civil**. 3.ed. Colaboração de Juan Cámara Ruiz. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002. p.954.



Vê-se que a execução provisória pode satisfazer inteiramente ao credor e, nesse caso, mantida a sentença impugnada, nada mais haverá de fazer. E, de outro modo, se reformada a sentença, a execução deverá ser desfeita e não substituída. Desse modo, resta-me acompanhar o raciocínio de que a expressão mais adequada, realmente, seria “execução antecipada”.<sup>12</sup>

Hoffmann<sup>13</sup> atesta: “o que é provisório é o título em que se funda a execução provisória, uma vez que pode vir a ser modificado em função do recurso intentado”. É evidente, portanto, que a expressão “provisória” não revela a natureza do instituto.

Sobre sua natureza, precisamente, pode-se dizer que a execução provisória é meramente executiva. Não é uma atividade de natureza cautelar. A própria Exposição de Motivos afirma de forma expressa que “*la ejecución provisional no es, por supuesto, ninguna medida cautelar, y supone, de ordinario, efectos de más fuerza e intensidad que los propios de las medidas cautelares*”.

Assis<sup>14</sup> prima em dizer que a execução provisória “constitui uma forma de antecipar a atividade executiva”, talvez inspirado por Pontes de Miranda<sup>15</sup> que, por sua vez, já anotara: “execução provisória é adiantamento da execução no juízo da execução”. Prefiro, no entanto, repetir que a execução provisória é uma “execução antecipada”, que se levará a cabo do mesmo modo que a execução ordinária.

## 4 Características gerais

Sobre as características gerais da execução provisória segundo a nova regulação espanhola e nas palavras de García Casas, destaca-se, de forma sintética:<sup>16</sup>

Primeiro. Trata-se de “... um regime completo e unitário da instituição...”;

<sup>12</sup> CARNELUTTI (CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Roma: Foro Italiano, 1956. v.2. p.93), falava em “execução imediata”. Ainda mais adequado do que a expressão “execução provisória”, não diferencia com perfeição da execução ordinária. Marinoni (2007. p.358-9), por sua vez, defende a utilização da expressão “execução da sentença provisória”, como designação de uma execução fundada em um ato ou título ainda não confirmado.

<sup>13</sup> HOFFMANN, Ricardo. *Execução Provisória*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.89.

<sup>14</sup> ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.143

<sup>15</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p.413. v.3.

<sup>16</sup> GARCÍA CASAS, Julio. *La ejecución provisional y la seriedad de la justicia monitorio en Exposición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirat lo Blanch Editorial, 2001. p.367.

Segundo. "...a sentença condenatória provisoriamente executável constitui um título executivo equiparável à sentença condenatória com trânsito em julgado (art. 524)";

Terceiro. "o solicitante da execução provisória de uma sentença condenatória em primeira instância está isento de prestar simultaneamente caução (art. 526)";

Quarto. "qualquer regime de execução provisória não pode prescindir de um fato jurídico inquestionável: que a sentença provisoriamente executada acabe sendo revogada pelo órgão superior. Por isso, a Lei não esquece os interesses legítimos da parte provisoriamente vencida, estabelecendo um regime de oposição à execução provisória..."

De fato, a execução provisória é um sistema completo e unitário. Encontra-se, em Espanha, totalmente regulado pela LEC 1/2000, artigos 524 a 537. E, no Brasil, pelo Código de Processo Civil, artigos 475-I e 475-O, com a redação determinada pela Lei n.º 11.232/2005.

A renovada execução provisória espanhola apresenta, é verdade, alguns aspectos inovadores, principalmente em relação à liberação da caução, isto é, a nova LEC 1/2000 autoriza tal execução sem prestar caução. Esta alteração é radical, porém, creio que os benefícios superam os riscos, que devem ser suportados em nome de uma Justiça mais célere e mais efetiva.

Tesheiner,<sup>17</sup> ao citar Gössling (A execução provisória no processo civil, tese de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004), lembra que a execução provisória atende ao ideal da efetividade do processo, reforçando os poderes do juiz de primeiro grau, porém oferece riscos.

Apesar da enorme capacidade corretiva da execução provisória sobre os sistemas jurídicos, há riscos que lhe são inerentes, entre eles: fazer atuar uma decisão injusta, desconforme ao direito objetivo; ocasionar uma situação fática irreversível; afrontar o princípio da economia processual; e contribuir para a mitificação do valor efetividade.

Com efeito, o sistema de riscos e probabilidades é uma característica da ciência processual. Por isso, Dinamarco, citado por Araújo,<sup>18</sup> obtempera que:

<sup>17</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. Execução provisória. In: **Revista Jurídica**, nº 328, fev 2005. p.30.

<sup>18</sup> DINAMARCO *apud* ARAÚJO, José Henrique Mouta. Anotações sobre a "nova" disciplina da execução provisória e seus aspectos controvertidos. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, maio 2004. p.53-4.

Na disciplina da execução provisória manifesta-se com clareza a idéia do processo civil como um sistema de certezas, probabilidades e riscos. Não só de certezas vive o processo. Cabe ao legislador, e também ao juiz, dimensionar as probabilidades de acerto e os riscos de erro, expondo-se racionalmente a estes mas deixando atrás de si as portas abertas para a reparação de erros eventualmente cometidos. A execução provisória é em si um risco, que a lei mitiga ao exigir cauções em situações razoáveis, com vista a deixar o caminho aberto à reparação de possíveis erros.

Segundo a legislação processual brasileira, é bom lembrar, toda vez que ocorre a hipótese de levantamento de dinheiro, prática de atos que importem alienação de propriedade ou que possam resultar grave dano ao executado, impõe-se a prestação de caução, arbitrada pelo juiz (art. 475-O, III CPC).<sup>19</sup>

## 5 Resoluções não executáveis provisoriamente

A nova LEC (art. 524.2) estabelece, como regra geral, a possibilidade de executar provisoriamente as “sentenças condenatórias que não sejam firmes”, com ressalvas, conforme os parágrafos enumerados no art. 525, de onde se depreende que as sentenças declarativas e constitutivas encontram-se apartadas da execução provisória, Veja-se:

*1ª. Las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionados con lo que sea objeto principal del proceso.*

A presente hipótese, como assinala García Casas,<sup>20</sup> constitui verdadeira obviedade, haja vista que, em realidade, os pronuncia-

<sup>19</sup> Estabelece o art. 475-O, III, em relação à caução exigida: “O levantamento de dinheiro em dinheiro e a prática que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos”, que, por expressa disposição legal, poderá, no entanto, ser dispensada (art. 475-O, § 2º, I e II), “quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade” e na hipótese de único recurso pendente contra decisão que não haja admitido os recursos excepcionais (recurso especial ou recurso extraordinário), consistente no recurso de “agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação”.

<sup>20</sup> GARCIA CASAS. 2001. p.376-9.

mentos acima mencionados não são condenatórios, senão constitutivos ou meramente declaratórios.

Ademais, como também estão excluídas da execução ordinária, como dispõe o art. 521.1, "*no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni constitutivas*", não poderiam ser objeto de execução provisória, como é óbvio.

Não obstante o anterior, não há inconveniente, como dispõe expressamente a regra, em admitir a execução provisória dos pronunciamentos condenatórios de conteúdo patrimonial relacionado com o objeto principal do processo, posto que tanto o art. 527.3 como o art. 521.3 a permitem.<sup>21</sup>

*2ª. Las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad".<sup>22</sup>*

A Lei exclui da execução provisória as sentenças que condenam o vencido a emitir uma declaração de vontade para iniciar uma relação jurídica inexistente.

*3ª. Las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial.*

O legislador optou pela necessidade de firmeza da resolução que declare a nulidade ou caducidade de títulos de propriedade industrial, salvaguardando os direitos de quem venceu em primeira instância em face ao mecanismo previsto no art. 138 da Lei 11/1986, 20 de março (Lei de Patentes), que consagra a possibilidade de assegurar a efetividade do fato através de medidas cautelares ou mediante a prestação de fiança substitutiva, como assinala Delgado Cruces.<sup>23</sup>

A LEC 1/2000 exclui também da execução provisória as sentenças estrangeiras não firmes (art. 525.2), e ainda os pronunciamentos relativos à inscrição ou cancelamentos de assentos em Registros Públicos (art. 524.4).

Dispõe a Lei:

<sup>21</sup> Leciona Delgado Cruces (DELGADO CRUCES, J. La ejecución provisional. **Cuadernos de Derecho Judicial**, XIV-2001, p.35-6) que "*en realidad, cuando la sentencia constitutiva o declarativa contiene también pronunciamientos de condena, lo que sucede es que tan solo tienen dicha naturaleza parcialmente, por ello es posible la ejecución provisional de los pronunciamientos de condena, con exclusión, por lo tanto, de los carácter constitutivo o declarativo*".

<sup>22</sup> As execuções condenatórias de declaração de vontade encontram-se reguladas no art. 708 da LEC 1/2000, que exige a firmeza da sentença para ser executada, face à regra geral de danos e prejuízos.

<sup>23</sup> DELGADO CRUCES. 2001. p.39.

*Tampoco procederá la ejecución provisional de las sentencias extranjeras no firmes, salvo que expresamente se disponga lo contrario en los Tratados internacionales vigentes en Espana.*

Convém mencionar que o Regulamento do Conselho Europeu 44/2001, de 22 de dezembro, relativo à competência judicial, reconhecimento da execução de decisões judiciais em matéria civil e mercantil, prevê competência exclusiva dos tribunais membros sem considerar o domicílio nos casos de execução de decisões judiciais e regula, com efeito, um procedimento de *exequatur* ante o juiz de primeira instância com posterior fase de recursos a ser exercida por qualquer das partes.

A Lei, como dito acima, também exclui os pronunciamentos contidos na sentença que disponha ou permita a inscrição ou cancelamento de assentos nos Registros Públicos, exigindo a firmeza da sentença executada. Permite-se, entretanto, em tais casos, a prática de anotação preventiva de sentença (um assento provisório).<sup>24</sup>

O direito processual brasileiro também consagra a execução provisória como fenômeno típico das sentenças condenatórias em dinheiro ou não (fazer ou não fazer alguma coisa ou de entrega de coisa). Logo, não faz sentido falar em execução provisória de sentenças declaratórias e constitutivas.

## 6 Tramitação

É conveniente dizer, antes de tudo, que a execução provisória, tanto em Espanha como no Brasil, por disposição expressa dos respectivos diplomas legais de regência (a LEC 1/2000 e do CPC), seguem a mesma tramitação da execução ordinária.

Art.524.2 LEC: "La ejecución provisional de sentencias de condena, que no sean firmes, se despachará y llevará a cabo, del mismo modo que la ejecución ordinaria..." .

Art. 475-O, *caput*, CPC: "A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva..." .

Ressalte-se que, como a execução provisória brasileira é admitida de forma excepcional, há regras próprias e específicas, que a distinguem e consagram. Confira-se:

<sup>24</sup> A anotação preventiva de sentença que disponha ou permita a inscrição ou o cancelamento de assentos em Registros Públicos busca, segundo DELGADO CRUCES (2001. p.36-7): "impedir que o princípio da fé pública registral estenda seus efeitos, protegendo igualmente o direito de quem pratica a anotação ante a possível transmissão de bens ou direitos objeto da mesma, com as vantagens que supõe também o princípio da publicidade" .

Aplicação do princípio da responsabilidade objetiva: Estipula o art. 475-O, inciso I, CPC: a execução provisória “corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido”.<sup>25</sup>

O legislador espanhol, por sua conta, optou por considerar provisoriamente executáveis, em caráter geral, as sentenças condenatórias não firmes por se encontrarem recorridas, sem necessidade de prestar fiança.

Sustenta a Prof. Herranz Gonzalez<sup>26</sup>:

*Es evidente que tal regulación conlleva también un peligro real y nada desdeñable, consistente en la posibilidad de que, revocada la sentencia provisionalmente ejecutada, el ejecutante no esté en condiciones de devolver lo percibido por haberse situado durante la tramitación del reurso en situación de insolvencia, bien sea de forma voluntaria o involuntaria.*

Exigência de caução, como regra geral: De acordo com o inciso III, do art. 475-O, citado acima: “o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos”.

A legislação, segundo observação feita anteriormente (nota 19), admite exceção (art. 475-O, § 2º).<sup>27</sup> Resta-nos examinar o procedimento, o valor e a espécie de garantia prestada.

Inicialmente, discute a doutrina se a caução pode ser imposta *ex officio* ou depende de requerimento do interessado. O antigo art. 588, inciso II, CPC, revogado pela Lei n.º 11.232/2005, utilizava a expressão “requerida”. Esta, porém, foi abolida pelo art. 475-O, III, o que me faz pensar que a discussão perdeu sentido. Incumbe, pois, ao magistrado impor ao credor provisório o dever de caucionar o ato executivo.<sup>28</sup>

Segundo observação de Marinoni,<sup>29</sup> a prestação da caução somente deve ser exigida antes da prática do ato de modificação do

<sup>25</sup> A execução provisória é, portanto, de iniciativa do vitorioso provisório, constituindo-lhe uma faculdade. Não cabe ao Tribunal iniciar *ex officio* a execução, nem provisória nem ordinária.

<sup>26</sup> HERRANZ GONZALEZ, Agustina. La ejecución provisional In: **Diário La Ley**. Año XXIII, Número 5575, jun. 2002, p.1.

<sup>27</sup> Para reforçar: são necessários dois requisitos cumulativos para a dispensa da caução, (1) que o crédito seja de natureza alimentar ou resulte de ato ilícito; e, (2) que o executante demonstre a situação de necessidade.

<sup>28</sup> ASSIS. 2006. p.164. Diz o autor que, uma vez atendidos os elementos de incidentes da garantia, deve ser exigida a caução.

<sup>29</sup> MARINONI. 2007. p.362.

patrimônio do executado e não simplesmente em razão do início da execução provisória.

O valor da garantia será arbitrado de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. Essa caução deverá ser idônea e suficiente. Admite-se, no caso, a caução pessoal ou real.

Em relação aos pressupostos de lugar e de tempo, observadas algumas regras próprias da execução provisória brasileira, pode-se afirmar que são os mesmos em relação à espanhola.

**Lugar.** A solicitação haverá de ser formulada ante o tribunal de primeira instância, a quem compete despachar e processar a execução.

**Tempo.** Não há prazo preclusivo. A execução provisória pode ser instada a qualquer tempo, desde, é claro, que não haja sido apreciado o recurso.

A LEC 1/2000 (art. 527), no particular, prevê dois momentos a partir dos quais pode pedir-se a execução provisória:

*La ejecución provisional podrá pedirse en cualquier momento (1) desde la notificación de la providencia en que se tenga por preparado el recurso de apelación o, en su caso, (2) el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso.*

Velázquez Martín<sup>30</sup> faz recordar que o primeiro ato, também se aplica aos recursos por infração processual ou de cassação no caso de execução provisória em segunda instância.

No Brasil, ao certo, a lei não estabelece o termo final, porém exige (art. 475-O, § 3º, II) uma “certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo”, ou seja, o executante necessita aguardar o pronunciamento do juiz sobre a recepção do recurso de apelação. Seria, portanto, uma espécie de termo inicial, face à ausência de efeito suspensivo do recurso *ope legis* (art. 520, *caput*, 1ª. parte; art. 542, § 2º e art. 497, 2ª. parte).

Relativamente à forma, o CPC é taxativo quanto aos documentos que deverão acompanhar a petição da parte,<sup>31</sup> à semelhança do art. 549 da LEC (o título em que se funda o executante; a tutela que se pretende, em relação com o título executivo que se aduz, precisando a quantia que se pretende, conforme o disposto no art.

<sup>30</sup> VELÁZQUEZ MARTÍN. s/d. p.39.

<sup>31</sup> Art. 47-0, § 3º: “Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado valer-se do disposto na parte final do art. 544, § 1º: I – sentença ou acórdão exequendo; II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo; III – procurações outorgadas pelas partes; IV – decisão de habilitação, se for o caso; V – facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias”.

575; e, os bens do executado suscetíveis de penhora, bem como as medidas de localização e investigação de interesse, segundo o art. 590 da Lei).

Há uma previsão legal sobre a possibilidade de solicitação da execução provisória depois de haver-se remetido os autos ao tribunal competente para resolver a apelação, diz o art. 527.2: *"...el solicitante deberá obtener previamente de este testimonio de lo que sea necesario par la ejecución y acompañar dicho testimonio a la solicitud."* Continuando: *"Si la ejecución provisonal se hubiere solicitado antes de la remisión de los autos a que se refiere el párrafo anterior, el mismo tribunal de primera instancia expedirá el testimonio antes de hacer la remisión"*.

Provavelmente, o "testimonio" mencionado na LEC corresponde à antiga "carta de sentença" do CPC brasileiro, que está fora de uso. Porém, a necessidade de autos apartados decorrente de oposição à execução provisória, remete, por conseguinte, à carta ou "testemonio" espanhol.

Em todo caso, uma vez solicitada a execução provisória e presentes os pressupostos e requisitos processuais, o tribunal estará obrigado a despachá-la, salvo se tratar de sentença não provisoriamente executável (item 5, retro), o que não contiver pronunciamento condenatório em favor do solicitante, ou seja, por falta de legitimação ativa (art. 527.3 LEC).<sup>32</sup>

## 7 A impugnação à execução provisória

Despachada a execução pelo órgão judicial, o executado poderá recorrer contra a mesma, no prazo de cinco dias desde a notificação dos autos<sup>33</sup> (art. 528.1LEC).

Importante ressaltar que a LEC, embora de forma um tanto confusa, distingue entre oposição à execução provisória de sentenças condenatórias em dinheiro e sentenças não dinerárias, estabelecendo as causas em que poderá estar fundada a oposição do executado.

<sup>32</sup> Contra o auto que denega a execução provisória se dará recurso de apelação (art. 527.4 LEC).

<sup>33</sup> Neste caso, os "autos" a que se refere o art. 528 é aquela resolução judicial definida no art. 206,2ª, da mesma LEC: quando se decidam recursos contra providências (outro tipo de resolução judicial previsto no mesmo art. 206, alínea 1ª.), quando se resolva sobre admissão ou inadmissão de demanda, reconvenção e acumulaçã de ações, sobre pressupostos processuais, admissão e inadmissão de provas, aprovação judicial de transações e convênios, anotações e inscrições registrai, medidas cautelares, nulidade ou validade de atuações e quaisquer questões indidentais, tenha sido ou não assinaldo na LEC uma tramitação especial



O art. 528.2 LEC estabelece a seguinte causa de oposição: *“En todo o caso, haberse despachado la ejecución provisional con infracción del artículo anterior”*.

Trata-se, portanto, de causa de oposição comum a toda sentença não firme, em dinheiro ou não. Como ensina Álvarez Sacristan,<sup>34</sup> *“se trata de una infracción procesal que es de orden público y que, por tanto, puede producir indefensión”*.

Causas de oposição comum. Neste caso, a oposição à execução provisória poderá compreender, considerando as previsões do art. 527, conforme estudado anteriormente, as seguintes causas:<sup>35</sup>

1ª Que se haja interposta a demanda executiva antes da notificação das resoluções a que se referem os arts. 527.1 e 535.2, ou bem depois de haver recaído sentença no correspondente recurso.

2ª Que não se haja acompanhada o “testimonio” dos documentos que sejam necessários para a execução.

3ª Que a sentença cuja execução provisória se pretende tenha recaído sobre alguma das resoluções expressamente excluídas da mesma pelo art. 525.

4ª. Que a sentença não contenha pronunciamento algum de condenação, ou se contiver, não o seja em favor do solicitante (falta de legitimação ativa).

Como dito anteriormente, as causas comuns de oposição a que se refere o art. 528.2.1ª são de ordem pública processual e afetam a todo o processo de execução, podendo ser alegadas tanto pela parte a quem interessa, como também de ofício pelo magistrado.

**Causas de oposição se a sentença condenatória não é dinerária.** Quando impossível ou de extrema dificuldade, uma vez que a sentença é revogada, resulte restaurar a situação anterior à execução provisória ou compensar economicamente ao executado mediante o ressarcimento dos danos e prejuízos que lhe causam (art. 528.2.2ª). Aqui, o executante poderá oferecer caução, que tem por objeto, no caso de revogação da sentença, ressarcir os danos e prejuízos.

**Causas de oposição de sentença dinerária.** Se a sentença é de condenação em dinheiro, o executado não poderá opor-se à execução, senão unicamente a atuações executivas concretas do procedimento de penhora, com o fundamento de que ditas atuações causarão uma situação absolutamente impossível de restaurar ou de compensar economicamente mediante o ressarcimento de danos e prejuízos (art. 528.3 LEC).

<sup>34</sup> ÁLVAREZ SACRISTAN, Isidoro. **Comentários a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Francisco Lledó Yagüe (Director), Madrid: Editorial Dykinson, 2000. p.518.

<sup>35</sup> Com a colaboração das lições de HERRANZ GONZALEZ. 2002. p.3.

Segundo estabelece o próprio dispositivo, a formulação desta oposição a medidas executivas concretas exige do executado a propositura de outras medidas ou atuações executivas simultâneas, tais como:

1º) uma atividade executiva alternativa igualmente eficaz, porém não tão prejudicial para o executado como a impugnada. Como por exemplo, a penhora de títulos-valores em vez da penhora de imóvel, talvez destinado à moradia própria do executado, que havia sido praticada. Trata-se, portanto, de uma substituição alternativa.

2º) a prestação de caução "suficiente para responder à demora na execução, se as medidas alternativas não forem aceitas pelo tribunal e o pronunciamento de condenação em dinheiro resultar posteriormente confirmado" (art. 528.3.II). Trata-se, portanto, de uma inversão da caução, agora por parte do executado.

Alvarez Sacristan, por sua vez, faz recordar que a decisão é do Juiz, a quem corresponde a decisão de tomar em consideração as medidas ou a caução, diante dos pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

A LEC é taxativa: "*Si el ejecutado no indicara medidas alternativas ni ofreciese prestar caución suficiente, no procederá en ningún caso la oposición a la ejecución y así se dispondrá de inmediato, sin recurso alguno*".

Estamos diante, portanto, da possibilidade de inadmissão da impugnação. Uma decisão irrecurável.

Há, contudo, a possibilidade de admissão da oposição, ou seja, o tribunal aceita a atividade executiva alternativa ou, mesmo sem atividade executiva alternativa, porém com oferecimento de caução suficiente, o tribunal estima que a continuação da execução impugnada pode originar prejuízos irreparáveis (uma absoluta impossibilidade de restaurar a situação anterior à execução ou de compensar economicamente ao executado provisoriamente mediante ulterior ressarcimento de danos e prejuízos), de acordo com o art. 530. 3 LEC.

Avancemos, a partir de agora, para uma breve análise da oposição ou "a impugnação" à execução provisória, em terras brasileiras.

Sabemos que a execução provisória é processada do mesmo modo que a ordinária (art. 475-O, *caput*). Assim, realizada a penhora e intimado o executado (art. 475-J, § 1º), fluirá o prazo de quinze dias para apresentar oposição à pretensão executiva.

Importante ressaltar que as alterações introduzidas pela Lei 11.232/2005, na esteira das reformas resultantes das Leis 8.952/1994 e 10.444/2002, provocaram uma ruptura na dicotomia entre o pro-

cesso de conhecimento e de execução, suscitando o que a doutrina denomina de “sincretismo processual”: a simultaneidade de cognição e de execução no mesmo processo.

Desta forma, a impugnação que, anteriormente à reforma, constituía um processo apartado, uma ação (os embargos do devedor), tornou-se uma fase do processo de conhecimento; um incidente processual específico da fase executiva dentro do processo de conhecimento (sincrético).

O CPC, por sua vez, restringe as matérias que podem ser alegadas em sede de oposição do executado:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:  
I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;  
II – inexigibilidade do título;  
III – penhora incorreta ou avaliação errônea;  
IV – ilegitimidade das partes;  
V – excesso de execução;  
VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.<sup>36</sup>

Nem toda matéria, portanto, pode ser veiculada na oposição. O legislador impôs limite à cognição judicial.<sup>37</sup>

Assis<sup>38</sup> faz a seguinte observação: “os motivos da oposição deduzida pelo executado jamais coincidirão com as questões submetidas ao julgamento no recurso pendente”. No particular, entendendo que a frase final do art. 475-L, VI: “supervenientes à sentença”, demonstra a necessidade de deduções distintas daquelas utilizadas no recurso manejado anteriormente pelo executado.

O CPC considera também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicações ou interpretações de lei ou atos normativos considerados pela mesma Corte como incompatíveis com a Constituição (art. 475-L, parágrafo primeiro).<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Diz o art. 475-L CPC: “A impugnação somente poderá versar sobre: I – falta ou nulidade de citação, se o processo corre à revelia; II – inexigibilidade do título; III – penhora incorreta ou avaliação errônea; IV – ilegitimidade de partes; V- excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença”.

<sup>37</sup> A nova Lei (11.232/2005) reproduziu quase integralmente o art. 741 do próprio CPC, destinado à oposição da execução contra a Fazenda Pública.

<sup>38</sup> ASSIS. 2006. p.166.

<sup>39</sup> As mesmas disposições estão contidas no parágrafo único do art. 741, introduzido anteriormente no CPC pela Medida Provisória n.2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

Tem, portanto, a finalidade de desconstituir a coisa julgada, de forma a assegurar o primado da Constituição.

Greco,<sup>40</sup> por sua vez, considera a inovação como inconstitucional, pois estaria, segundo o autor, desconhecendo a segurança jurídica, também uma garantia constitucional. *Data venia*, entendo que sempre haverá de prevalecer a supremacia das normas constitucionais e as interpretações conferidas pela Suprema Corte, de tal sorte que diante de um título judicial representado por sentença inconstitucional, este perderá a eficácia frente à decisão de inconstitucionalidade ditada pela Corte Constitucional.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça,<sup>41</sup> o responsável por dizer a norma legal infraconstitucional brasileira, ao apreciar o mecanismo contido no parágrafo primeiro do art. 741, reconhecendo que este fora introduzido justamente para solucionar específico conflito entre a coisa julgada e a supremacia da Constituição. Trata-se, sem dúvida, da chamada “relativização da coisa julgada material” ou “coisa julgada inconstitucional”, tema complexo que tem despertado cada vez mais o interesse e a curiosidade dos doutrinadores.<sup>42</sup>

Admitida a impugnação, esta não terá efeito suspensivo, ou seja, não suspenderá a execução, de acordo com o art. 475-M, *caput*. Contudo, o juiz, desde que presentes os pressupostos conjugados (seus fundamentos sejam relevantes e o prosseguimento da execução possa causar grave dano de difícil ou incerta reparação ao executado), poderá, *ex officio* ou quando requerido pelo executado, atribuir efeito suspensivo à execução provisória.

Deferido o efeito suspensivo, a impugnação será instruída e decidida nos próprios autos ou, em caso contrário, em autos apartados, segundo previsão do parágrafo 2º do art. 475-M.

Existe, não obstante, a possibilidade do executante, mesmo com a outorga do efeito suspensivo, requerer a prosseguimento da execução, desde que preste caução suficiente e idônea, que será arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05 In: **RDDP**, mar. 2006, p.81.

<sup>41</sup> Decisões do STJ : REsp 720953/SC, de 28/06/2005, DJ 22/08/2005, p.142. AgRg em Ag. 602238/DF, de 12/05/2005, DJ 20/06/2005, p.135.

<sup>42</sup> Sobre o tema vide Coisa julgada inconstitucional e o princípio da segurança jurídica In: **Revista de Direito da ADVOCEF**, Ano II, n. 4, Mai/07, p.53-81.

<sup>43</sup> Sobre o prosseguimento da execução mediante caução, ASSIS (2006. p.352), leciona: “A prestação de caução põe sob a apreciação do ‘órgão judiciário dois problemas básicos e irremovíveis: a espécie de caução (real ou pessoal), item implícito na alusão à qualidade ‘idônea’ da caução, e seu respectivo montante, problema mascarado na referência ao caráter ‘suficiente’ da garantia...”. O processualista preocupa-se com o tipo de garantia a ser prestada pelo executante,

O CPC, por sua vez, nada dispõe sobre a resposta do executante. Houve esquecimento, certamente, sobre a necessidade de assegurar o contraditório ao executante, em respeito ao princípio fundamental da ampla defesa, conforme previsão constitucional (art. 5º, LV, CF).<sup>44</sup>

Mesmo com a omissão da Lei, deverá ocorrer a intimação do executante, na pessoa de seu advogado, através de publicação oficial no Diário de Justiça (art. 236 e 237 CPC).

As decisões do juiz são recorríveis. O tipo de recurso cabível depende da situação concreta. Se extingue a impugnação é caso de apelação (art. 475-M, parágrafo 3º).

Se a impugnação for julgada improcedente, a execução prosseguirá nas condições iniciais. Se procedente, seus efeitos variam conforme a matéria suscitada pelo embargante.

## 8 Suspensão da execução provisória

A LEC 1/2000, ao dispor sobre a suspensão da execução, estabelece: *"Sólo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución"* (art. 565.1).

E, de forma inusitada, faculta ao executado, em qualquer momento do desenvolvimento processual, a oportunidade de suspender a execução provisória líquida.<sup>45</sup> Portanto, deve o executado colocar à disposição do Tribunal, para sua entrega ao executante, a quantia a que houver sido condenado e as custas que houver incorrido até esse momento (art. 531). Essa consignação está condicionada à confirmação da revogação do pronunciamento executado provisoriamente.

O processo executivo espanhol, assim como o cumprimento de sentença do processo cognitivo brasileiro pode passar por crises transitórias que acarretem sua suspensão, a exemplo do devedor não possuir bens (art. 791, III CPC) ou pela morte ou incapacidade de qualquer das partes (art. 16.1 LEC e art. 265, I, CPC).

---

se real ou pessoal. Penso que tal preocupação é descabida, pois a caução será arbitrada pelo juiz. E, ademais, se sentir necessidade poderá o interessado requerer a substituição por fiança bancária ou garantia real, se tomarmos por extensão a previsão do art. 475-Q, parágrafo segundo.

<sup>44</sup> Art. 5º, LV: *"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"*.

<sup>45</sup> A suspensão da execução provisória somente pode ser solicitada em relação às condenações em dinheiro e líquidas.

## 9 Confirmação ou revogação da execução provisória

De acordo com resultado do recurso cuja pendência tenha dado lugar ao desenvolvimento da execução provisória, resultando na sua confirmação ou revogação, advirão decisivas consequências para ambas as partes.

**A confirmação.** Quando a sentença executada provisoriamente é confirmada em sua totalidade pela segunda instância, adquire firmeza e a partir deste momento, a execução que era provisória seguirá adiante como execução definitiva.<sup>46</sup>

**A revogação.** As consequências da revogação de sentenças dependerão do tipo de condenação, se em dinheiro ou não, ainda que, sejam revogadas em sua totalidade ou parcialmente.

**Revogação de condenação em dinheiro:** Se a revogação for total, o executante deverá devolver todas as quantias que houver percebido mais as custas da execução provisória, devendo ademais ressarcir ao executado pelos danos e prejuízos que a execução lhe houver causado (art. 712 e seguintes da LEC, e art. 475-O, I CPC).<sup>47</sup>

Sendo parcial, o executante deverá devolver a diferença entre a quantia percebida e a que resultar da confirmação parcial, como é óbvio.<sup>48</sup> Assim, deverá seguir adiante a execução provisória em relação ao parcialmente confirmado, restituindo as coisas ao estado anterior relativamente ao pronunciamento revogado, ou indenizar os danos e prejuízos causados.

**Revogação de condenações não dinherárias:** No caso de revogação de sentenças de condenação não dinherária, provisoriamente executadas, o executante é obrigado a restaurar *in natura* a situação anterior ou a compensar integralmente ao executado.

Se a restituição for impossível, de fato ou de direito, o executado poderá pedir que se lhe indenizem os danos e prejuízos, que se liquidarão pelo procedimento estabelecido nos artigos 534.1 II LEC e 712 e seguintes do CPC.

<sup>46</sup> Em verdade, a lei (LEC ou CPC) não estabelece a conversão automática da execução provisória em definitiva, porém esta é a consequência lógica da confirmação da sentença provisoriamente executada.

<sup>47</sup> Os doutrinadores brasileiros, em sua maioria, defendem que a responsabilidade do executante provisório é objetiva, princípio estampado no art. 475-O, I CPC. A liquidação dos danos e prejuízos, que deverão ser provados pelo interessado, serão realizados nos próprios autos da execução provisória (art. 475-O, II, parte final).

<sup>48</sup> Assinala ÁLVAREZ SACRISTAN (2000. p.526) que "*la cantidad que ha estado en el patrimonio del ejecutante deberá reintegrarse con el añadido sin el interés legal del dinero desde el tiempo que va de la ejecución a la devolución*". E, segue dizendo, "*el que fuere obligado a devolver o resarcir podrá oponerse a las actuaciones de apremio, en los mismos términos que para la oposición por parte del ejecutado a la ejecución provisional (art. 528 LEC)*".

## Conclusão

Apesar das analogias existentes entre os sistemas processuais (conforme a LEC 1/2000, de 7 de janeiro e o Código de Processo Civil, a partir da Lei 11.232/2005, de 23 de dezembro), principalmente em face dos pressupostos de lugar e de tempo para requerer a execução provisória, é possível constatar uma série de peculiaridades inerentes ao modelo espanhol, o que o torna especial e distinto em relação ao modelo adotado pelo legislador brasileiro. Veja-se:

a) O solicitante da execução provisória está isento de prestar caução. Na legislação processual brasileira, toda vez que ocorra levantamento em dinheiro, prática de atos que importem alienação de propriedade ou que possam resultar grave dano ao executado, impõe-se a prestação de caução, arbitrada pelo juiz (art. 475-O, III CPC).

b) A própria LEC estabelece as sentenças não provisoriamente executáveis (art. 525): O direito processual brasileiro também consagra a execução provisória como fenômeno típico das sentenças condenatória em dinheiro ou não (fazer ou não fazer alguma coisa ou de entregar coisa), de onde se depreende que as sentenças declarativas e constitutivas ficam excluídas do processo de execução provisória, porém o CPC não estabelece expressamente as sentenças não provisoriamente executáveis.

c) A formulação de oposição a medidas executivas concretas, quando presente uma situação absolutamente impossível de restaurar ou de compensar economicamente mediante ressarcimento de danos e prejuízos, exigem do executado a propositura de outras medidas ou atuações executivas simultâneas, tais como: uma atividade executiva alternativa ou a prestação de caução suficiente para responder à demora na execução;

Na norma processual brasileira não há previsão das chamadas “atividades executivas alternativas”. Assim, admitida a impugnação, esta não suspenderá a execução, de acordo com o art. 475-M, *caput*. Contudo, o juiz, desde que presentes os pressupostos conjugados (seus fundamentos sejam relevantes e a prosseguimento da execução possa causar grave dano de difícil ou incerta reparação ao executado), poderá, *ex officio* ou quando requerido pelo executado, atribuir efeito suspensivo à execução provisória. Há, não obstante, a possibilidade do executante, mesmo com a outorga do efeito suspensivo, requerer o prosseguimento da execução, desde que preste caução suficiente e idônea, que será arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos (art. 475-M, parágrafo 1º CPC).

d) Facultado ao executado, a qualquer momento do desenvolvimento processual, suspender a execução provisória. Para tan-

to, deve o executado colocar à disposição do Tribunal, para sua entrega ao executante, a quantia a que houver sido condenado e as custas produzidas até esse momento (art. 531). Não há tal previsão no CPC, talvez porque a impugnação já pressupõe a segurança do Tribunal, pois não é admitida sem a penhora de bens.

No Brasil, ao certo, com a edição da Lei n. 11.232/2005, de 23 de dezembro, procurou-se superar alguns obstáculos da lei processual, inclusive do módulo de execução provisória. Contudo, permanece a regra do efeito suspensivo da apelação, o que faz da execução provisória brasileira uma exceção.

Seria, portanto, necessária uma profunda reforma no art. 520 do CPC, para se fazer com que o efeito suspensivo da apelação passe a ser uma exceção, não regra.

O legislador brasileiro, ao meu modo de ver, deveria buscar inspiração na Exposição de Motivos da LEC 2000 (epígrafe XVI), que reconhece a nova regulação da execução provisória como uma opção pela confiança na Administração da Justiça, bem como uma aposta consciente e decidida pela não divisão da Justiça. O legislador espanhol, ao que parece, enfrentou os riscos e perigos decorrentes da execução provisória, como forma de evitar abusos processuais, principalmente o uso fraudulento dos recursos, em nome de uma justiça mais célere e mais efetiva.

## Referências

ÁLVAREZ SACRISTAN, Isidoro. **Comentários a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Francisco Lledó Yagüe (Director), Madrid: Editorial Dykinson, 2000.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Anotações sobre a “nova” disciplina da execução provisória e seus aspectos controvertidos. In: **Revista Dialética de Direito Processual**, maio 2004.

ARROYO GARCÍA, Sagrario et al. **Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Madrid: Trivium Editorial, 2000.

\_\_\_\_\_. **Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Colección Estudios Procesales. Coordinador: Juan Carlos Cabanas

García. Madrid: Trivium Editorial, 2000.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBANCHO TOVILLAS, Francisco José. **Ley de Enjuiciamiento Civil** (concordada y anotada). Barcelona: Atelier Editorial, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. III.

CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del processo civile italiano**. Roma: Foro Italiano, 1956. v.2.



COBO PLANA, Juan José. **Doctrina de los tribunales sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000**. 2.ed. Madrid: Dijusa Editorial, 2003, p.1.331 y ss.

DELGADO CRUCES, J. **La ejecución provisional**. Cuadernos de Derecho Judicial, XIV-2001, p.35-3.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v.2.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Esboço de uma teoria de execução civil. **Revista de Direito Processual Civil GENESIS**, abr-jun 2004, p.266-81.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3.ed. São Paulo:Malheiros, 1993.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Angel. **La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Madrid: Iurgium Ed., 2001.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Lei n. 11.232/2005: Reforma da execução civil e Direito Processual do Trabalho. In: **Revista LTr**. Ano 70. mar 2006, p.352-6.

GARCÍA CASAS, Julio. **La ejecución provisional y la seriedad de la justicia monitório en Exposición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Valencia: Tirat lo Blanch Editorial, 2001.

GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da lei 11.232/05. **Revista Dialética de Direito Processual**, mar. 2006, p.70-86.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.3.

HERRANZ GONZALEZ, Agustina. La ejecución provisional In: **Diário La Ley**. Año XXIII, Número 5575, jun. 2002, p.1.

HOFFMANN, Ricardo. **Execução Provisória**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAGRO SERVET, Vicente. La ejecución provisional de las condenas no dinerarias. **Diário La Ley**. Año XXII Número 5269, mar. 2001, p.1.

MARINONI, Luiz Guilherme; CRUZ ARENHART, Sérgio. **Curso de processo civil**. Execução. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.v.3.

\_\_\_\_\_. **Manual do processo de conhecimento**. 4.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELES, Edilton; DIAS BORGES, Leonardo. A nova execução cível e seus impactos no processo do trabalho. **Revista LTr**. Ano 70, mar. 2006, p.347-51.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4.ed. São Paulo, Atlas, 2007. v.2.

MORENO CATENA, Victor. **La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Madrid: Editorial Dykinson, 2000. p.109. tomo IV.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

ORTELLS RAMOS, Manuel. **Derecho Procesal Civil**. 3.ed. Colaboração de Juan Cámara Ruiz. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.

PARIZOTTO, Clênio L. Execução provisória diante das prerrogativas da Fazenda Pública. **Revista de Direito dos Advogados da União**. Ano II, n. 2, out 2003, p.8-29.

PAZ RUBIO, José Maria et al. **Ley de Enjuiciamiento Civil** – comentada y con jurisprudencia. Madrid: La Ley, 2000, p.760.

PINHO, Humberto Dalla B. de. A nova sistemática do cumprimento de sentença: reflexões sobre as principais inovações da Lei nº 11.232/05. **Revista Dialética de Direito Processual**, nº 37, abril-junho 2004, p.267.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PUCHTA, Anita Caruso. Tendência da execução provisória no processo civil brasileiro. **Revista de Direito Processual Civil GENESIS**, jan-mar 2005, p.5-32.

RAMOS, Glauco Gumerato. Antecipação da tutela após a sentença para retirar o efeito suspensivo da apelação. O sistema processual brasileiro autorizando a execução provisória da sentença pendente de recurso. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, n.53, ano 5, maio 2004, p.45.

REVILLA, Fernando. Sobre la devolución de la fianza prestada para la ejecución provisional de sentencia. **Diário La Ley** Año XXII, número 5292, abr 2001, p.1.

RIFÁ SOLER, José Maria. **Comentarios sobre el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil**. Madrid: Editorial Dykinson, 2000. p.97.

SANTIAGO DELGADO, Jesús. La ejecución provisional. **Cuaderno de Derecho Judicial XIV**, 2001, La ejecución provisional, la ejecución de títulos extrajudiciales y la ejecución de sentencias de la nueva Ley de Enjuiciamientos Civil, Consejo General del Poder Judicial.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Algunas reformas urgentes de la Ley 1/2000 sobre enjuiciamiento civil. **Revista Jurídica de Catalunya**, n. 3, 2003, p.187.

TESHEINER, José Maria Rosa. Execução provisória. *In*: **Revista Jurídica**, nº 328, fev 2005, p.29-38.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 39.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Execução provisória por quantia certa contra a Fazenda Pública. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região**. Nº 56, 2005, p.43-61.

VELÁZQUEZ MARTÍN, Maria Angeles. **La ejecución provisional en el proceso civil en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Madrid: Dykinson, s/d.

# O embate entre teoria e *praxis* no campo do direito autoral

**Ciro de Lopes e Barbuda**

*Advogado da Caixa na Bahia*

*Mestrando em Direito Privado pela UFBA*

## RESUMO

Partindo das dicotomias jurídicas entre dogmática e zetética e entre teoria e *praxis*, são apresentados, neste artigo, segundo uma perspectiva zetética, os atuais problemas da dogmática jurídica brasileira no âmbito do direito autoral, que têm conduzido a uma crise de distanciamento da validade autoralista de sua faticidade.

Palavras-Chave: Direito autoral. Ineficácia da tutela jurídica. Anacronismo legal. Propriedade intelectual.

## RÉSUMÉ

En partant des dicotomies juridiques entre dogmatique et zététique et entre théorie et *praxis*, sont présentés, dans cet article, selon une perspective zététique, les actuels problèmes de la dogmatique juridique brésilienne dans le cadre du droit d'auteur, problèmes qu'ils ont conduit à une crise d'éloignement de la validité autoraliste de leur faticité.

Mots-clés: Droit d'auteur. Inefficacité de la protection juridique. Anachronisme légal. Propriété intellectuelle.

## Introdução

O presente artigo tem por meta evidenciar o descompasso existente entre a teoria e a prática do direito autoral no Brasil, cuja guinada no sentido da recuperação de sua eficácia pressupõe uma reformulação do próprio papel do direito autoral.

Antes de adentrar o objeto propriamente dito desta investigação, porém, considerou-se necessário examinar dois temas considerados preliminares ao desenvolvimento deste trabalho.

O primeiro deles alude à diferença, existente no plano da teoria do direito, entre dogmática e zetética jurídicas, discriminação conceitual que serviu de premissa para a análise do problema da falta de efetividade do direito autoral.

O segundo tema concerne ao embate, situado nos campos da filosofia geral e do direito, da hermenêutica e da sociologia jurídicas, entre a teoria e a *praxis*, tensão esta residente no discurso jurídico, a qual se tem acentuado sobremaneira no campo jurídico sob comento, com o advento das novas tecnologias.

Superadas essas questões introdutórias, serão passados em revista os problemas que afligem o ordenamento jurídico-autoralista, instituído pela Lei n.º 9.610/98 (Lei dos Direitos Autorais - LDA). Tais inconsistências dogmáticas serão avaliadas consoante uma visão eminentemente zetética, dada a interdisciplinaridade da natureza dos *Leitmotiven* do vigente quadro de total inobservância dos preceitos relativos à proteção dos direitos dos autores e conexos sobre as obras intelectuais.

À guisa de conclusão, serão apresentadas sugestões para, em face das dificuldades elencadas no decorrer do artigo, superar a crise do direito autoral em voga, restabelecendo sua legitimidade, validade e eficácia mediante uma releitura constitucional de sua própria *ratio legis*.

## 1 Considerações propedêuticas para a compreensão do problema sob estudo

A título de introdução do tema que se intenta expor, são úteis as dicotomias abaixo delineadas, celebrenemente discutidas no campo das ciências e, em particular, do direito, as quais prepararão e orientarão o desenvolvimento da presente investigação.

### 1.1 Dogmática jurídica versus zetética jurídica

No Brasil, é Ferraz Junior quem retoma a dicotomia, proposta por Theodor Viehweg, seu mestre na Universidade de Mainz (Alemanha), entre dogmática e zetética jurídicas, com base na tônica com a qual cada uma delas orienta sua análise jurídica.

Temos, portanto, duas possibilidades de proceder à investigação de um problema: ou acentuando o aspecto *pergunta*, ou acentuando o aspecto *resposta*. Se o aspecto *pergunta* é acentuado, os conceitos básicos, as premissas, os princípios ficam abertos à dúvida. Isto é, aqueles elementos que constituem a base para a organização de um sistema de enunciados que, como teoria, explica um fenômeno, conservam seu caráter hipotético e problemático, não perdem sua qualidade de tentativa, permanecendo abertos à crítica. Esses elementos servem, pois, de um lado, para delimitar o horizonte dos problemas a serem tematizados, mas, ao mesmo tempo, ampliam esse horizonte, ao trazerem esta

problematicidade para dentro deles mesmos. No segundo aspecto, ao contrário, determinados elementos são, de antemão, subtraídos à dúvida, predominando o lado *resposta*. Isto é, postos fora de questionamento, mantidos como soluções não atacáveis, eles são, pelo menos temporariamente, assumidos como insubstituíveis, como postos de modo absoluto. Eles dominam, assim, as demais respostas, de tal modo que estas, mesmo quando postas em dúvida em relação aos problemas, não põem em perigo as premissas de que partem; ao contrário, devem ser ajeitadas a elas de maneira aceitável.

No primeiro caso, usando uma terminologia de Viehweg, temos um enfoque *zetético*, no segundo, um enfoque *dogmático*. *Zetética* vem de *zetein*, que significa perquirir, *dogmática* vem de *dokein*, que significa ensinar, doutrinar. Embora entre ambas não haja uma linha divisória radical (toda investigação acentua mais um enfoque que o outro, mas sempre tem os dois), sua diferença é importante. O enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um *ser* (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captada configura-se como um *dever-ser* (como deve-ser algo?). Por isso, o enfoque zetético visa (sic) saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação.<sup>1</sup>

Dessa maneira, enquanto a Dogmática ostenta uma postura mais técnica, útil, fechada e diretiva do direito, visando à decidibilidade através do estudo de critérios que obtenham uma resposta adequada aos conflitos jurídicos, a Zetética preconiza uma postura mais filosófica, crítica, aberta e informativa do direito, onde se especula acerca da gênese dos conflitos, sem se tratar de decidilos. Ou, em outras palavras, conforme aduzido pelo referenciado autor, o enfoque zetético da ciência jurídica lança *perguntas*, ao passo que o enfoque dogmático centra-se nas *respostas*.

Acerca do tema em esquepe, Guerra esclarece que:

Um advogado, um juiz ou um promotor não podem especular de maneira ilimitada acerca da solução mais justa ou adequada para pacificar uma controvérsia posta ao conhecimento do Judiciário. Deverão opinar e decidir com base em uma norma válida do ordenamento,

<sup>1</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito**: técnica, decisão, dominação. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.40-1.

que será o ponto de partida para a interpretação e aplicação do direito. A inevitabilidade desses pontos de partida é, portanto, a principal característica do pensamento dogmático.

Por seu turno, o enfoque zetético suscita a dúvida, sugere *perguntas* que melhor refletem a questão analisada. Assim, na esfera do saber jurídico cumpre uma função especulativa muito importante, visando saber o que é uma coisa configurando um *ser* (o que é algo?) ao contrário da perspectiva dogmática dirige-se (sic) a “possibilitar uma decisão e orientar uma ação”.<sup>2</sup>

Trazendo para o plano concreto a classificação abstratamente formulada por Viehweg, pode-se considerar, por exemplo, o estudo do art. 41 da LDA<sup>3</sup> de duas formas. Segundo um enfoque dogmático, cuidar-se-á de avaliar a aplicabilidade do prazo de setenta anos para a proteção dos direitos patrimoniais do autor, contado a partir de 1º de janeiro do ano do ano subsequente à sua morte. Nesse caso, essa regra jurídica será subsumida a situações concretas, para regulação de eventuais conflitos jurídicos. É dizer, o objeto de conhecimento em questão será apreendido como um dogma – um ensinamento apriorístico sobre cuja validade não se permite duvidar – e, em face do princípio da legalidade, invocado para dirigir a conduta humana em sociedade.

Já segundo um enfoque zetético, as premissas do precitado art. 41 da LDA seriam colocadas em jogo. Assim, poderiam ser aduzidas razões de natureza econômica, sociológica, política, cultural, antropológica, filosófica, psicológica, entre outras, para que o referido texto legal fosse considerado adequado ou inadequado a uma dada situação. A título de exemplo, uma análise zetética do art. 41 da LDA poderia objetar o prazo da tutela jurídica dos direitos autorais patrimoniais como excessivamente longo para atender ao interesse sociocultural de que a obra recaia em domínio público, e concluir que a referida norma privilegia o interesse pessoal em detrimento do comum.

Consoante preceitua Sampaio,<sup>4</sup> classifica-se a zetética jurídica em quatro espécies, segundo dois critérios. Segundo o critério dos

<sup>2</sup> GUERRA, Gustavo Rabay. A teoria jurídica fundamental: algumas especulações acerca do conceito de Direito (em linhas propedêuticas). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 341, 13 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5329>>. Acesso em: 02 jul. 2009. p.14.

<sup>3</sup> *In litteris*: “Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil. Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo.” (grifo do autor) (BRASIL, 1998. p.9)

<sup>4</sup> FERRAZ JUNIOR, 2001. p.44-5.

limites da investigação, divide-a em *zetética empírica*, quando se realiza no plano concreto – da experiência; e *zetética analítica*, quando se desenvolve no plano abstrato – da lógica, da teoria do conhecimento ou da metafísica. Segundo o critério da aplicação técnica dos resultados da investigação, discrimina-a em *zetética pura*, quando tem sentido puramente especulativo; e *zetética aplicada*, quando seus resultados podem ser tecnicamente empregados na realidade. E o supramencionado professor da USP (Universidade de São Paulo) finaliza esse arranjo com as subclassificações abaixo colacionadas:

- a)
- b) *zetética analítica pura*: desse ponto de vista, o teórico ocupa-se com os pressupostos últimos e condicionantes bem como com a crítica dos fundamentos formais e materiais do fenômeno jurídico e de seu conhecimento;
- c) *zetética analítica aplicada*: desse ponto de vista, o teórico ocupa-se com a *instrumentalidade* dos pressupostos últimos e condicionantes do fenômeno jurídico e seu conhecimento, quer nos aspectos formais, quer nos materiais;
- d) *zetética empírica pura*: desse ponto de vista, o teórico ocupa-se do direito enquanto regularidades de comportamento efetivo, enquanto atitudes e expectativas generalizadas que permitam explicar os diferentes fenômenos sociais;
- e) *zetética empírica aplicada*: desse ponto de vista, o teórico ocupa-se do direito como um instrumento que atua socialmente dentro de certas condições sociais.<sup>5</sup>

Por seu turno, ainda o mesmo autor supra-referenciado identifica três modelos teóricos sob os quais se erige a Dogmática Jurídica: a) o *modelo analítico*, que visa à decidibilidade através da sistematização das decisões possíveis, oriundas da relação subsuntiva entre a hipótese de conflito e a hipótese de decisão (Ciência do Direito como Teoria da Norma); b) o *modelo hermenêutico*, que enxerga a decidibilidade à luz da relevância significativa entre a hipótese de conflito e a hipótese de decisão (Ciência do Direito como Teoria da Interpretação); c) e, finalmente, o *modelo empírico*, que vincula a decidibilidade à obtenção de condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético (Ciência do Direito como Teoria da Argumentação Jurídica).

Diante de tudo quanto exposto até aqui, é importante observar, nada obstante, que o enfoque dogmático e o enfoque zetético do direito não são completamente extremos e autônomos. Para a

<sup>5</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001. p.46.

decisão equitativa de conflitos jurídicos, amiúde se conjugam ambos os enfoques, ainda que um dos aspectos, naturalmente, prepondere:

As questões dogmáticas são tipicamente tecnológicas. Nesse sentido, elas têm uma função diretiva explícita, pois a situação nelas captada é configurada como um dever ser. Questões desse tipo visam a possibilitar uma decisão e a orientar a ação. De modo geral, as questões propriamente jurídicas da Dogmática Jurídica são do primeiro tipo, sendo sempre restritivas, finitas e, nesse sentido, positivistas – de positividade e não de positivismo. No entanto, as questões da Dogmática não se reduzem a estas, na medida em que as opiniões postas fora de dúvida – os dogmas – podem também ser submetidos a um processo (zetético) de questionamento através do qual se exige uma fundamentação e uma justificação deles, procurando-se através do estabelecimento de novas conexões facilitar e orientar a ação. O jurista revela-se, assim, não só como especialista em questões dogmáticas, mas também em questões zetéticas.

Na verdade, os dois tipos de questão, na Dogmática Jurídica, embora separados pela *análise*, estão em correlação funcional. Apesar disso, é preciso reconhecer que os juristas, há mais de um século, tendem a atribuir maior importância às questões dogmáticas que às zetéticas. Estas últimas são mais livres, mais abertas e, por isso mesmo, muitas vezes dispensáveis, pois a pesquisa pode trocar com facilidade seus conceitos hipotéticos, enquanto a dogmática, presa a conceitos fixados, obriga-se muito mais ao trabalho de interpretação. Mesmo assim, não é difícil mostrar com certa facilidade que as questões dogmáticas não se estruturam em razão de uma opinião qualquer, mas de um dogma que deve ser de algum modo legitimado. (grifos nossos)<sup>6</sup>

## 1.2 Teoria *versus* praxis

A relação entre teoria e *praxis* é antiquíssima no campo do conhecimento científico, sobremaneira no da filosofia, remontando às suas origens ao mito da Caverna, de Platão.

A legitimidade do poder tecnocrático da República concebida por Platão residia na verdade, e não na maioria. O filósofo grego faz apologia, destarte, de uma coerção da razão, onde o poder emanaria das idéias da autoridade, e não de sua pessoa. Ao propor o governo utópico da razão na pessoa do Rei-filósofo, cuja sabedoria é acessível apenas a uma minoria, surge, porém, a perplexidade de o que fazer com a vontade da maioria. Daí se funda

<sup>6</sup> FERRAZ JUNIOR, 1998, p.93-4.



o embate entre teoria e *praxis*, ilustrado pelo mito platônico, segundo Ferraz Junior:

O conhecimento especializado infunde confiança. Platão está, com isso, buscando aquela relação intersubjetiva, na qual, (sic) o elemento coercivo deve repousar na própria relação e ser anterior à efetiva emissão de ordens. Isto é importante para entender o que ele espera da razão, ou seja, o poder coercivo não deve repousar na pessoa de quem comanda, nem na desigualdade entre as pessoas, mas, isto sim, nas idéias percebidas pelo governante, o que daria aos comandos a objetividade e a legitimidade requeridas. Esta tese dá ao conhecido mito da caverna um enfoque importante, o qual pode ser visto sob duas dimensões. Primeiro, uma dimensão epistemologia que é, sem dúvida, a principal, e que está na contemplação das essências. O mito da caverna procura esclarecer esta contemplação e, portanto, explicar o processo de conhecimento. Segundo uma dimensão prática, que decorre da anterior, pois mostra que o filósofo deve aprender, ao contemplar, a arte dos padrões e das medidas, o que leva à tese platônica do juízo como uma forma de subsunção.

Ora, a leitura do mito da caverna elucida assim, o dilema que Platão irá enfrentar. Sabemos que, conforme a descrição do filósofo, os homens se encontram acorrentados na caverna, de tal modo que são capazes apenas de ver o fundo: a parede onde se projetam as sombras. Aquele que consegue romper com estas cadeias se encaminha para a abertura da caverna, sendo, então, capaz de ver as verdadeiras formas e, numa última etapa, de ver a própria luz que tudo ilumina. Sucede, porém, que o filósofo, este ente privilegiado, ao voltar à caverna, não vê mais aquilo que os outros ainda veem. E estes, por sua vez, não veem nem as formas nem a luz que as ilumina. Que significa este contraste? Que significa esta dramática situação, na qual aquele que viu a verdade não é capaz de transmiti-la? <sup>7</sup>

Logo em seguida, o próprio Ferraz Junior responde às perguntas por si levantadas:

Coloca-se aqui, a nosso ver, o problema da relação entre a teoria e a *praxis*. O problema da *praxis* política é uma questão de agir. Por sua vez, Platão nos fala do filósofo como alguém que sai da caverna para *contemplar*. Platão percebe, então, a dificuldade de traduzir a verdade que é vista, que é *contemplada*, em *norma*, que é *medida e padrão da ação*.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> FERRAZ JUNIOR, 1998, p.19-20.

<sup>8</sup> FERRAZ JUNIOR, 2001, p.20-1.

Em consonância com a tese platônica, por conseguinte, é a filosofia – e, numa interpretação extensiva, a própria ciência – que pode libertar o indivíduo dos grilhões que o mantêm cativo dentro da “caverna”. Ao sair dela, e “iluminar-se” com a realidade, o filósofo entra em choque com a pseudo-realidade onde estava imerso, com as “sombras” em que creem os que ainda se encontram presos na caverna. E é, justamente, nessa conversão do “visto” para o “praticado” – que pressupõe uma postura personalíssima de autolibertação das “correntes”, em busca da “luz” – que reside a arqueológica tensão entre teoria e prática.

Besnier, por sua vez, retoma, segundo um prisma etimológico, a diferenciação que Aristóteles constrói entre *poiêsis* e *praxis*:

“*Poiêsis*”, pelo seu parentesco etimológico com  $\theta\acute{\iota}\epsilon\acute{\alpha}\tilde{\alpha}\iota$  tem, aproximadamente, o mesmo leque de opções de emprego que este verbo, eu se estende a toda relação onde um agente é requisitado para desencadear um processo cujo desfecho é natural ou não-natural. Assim, o aquecimento da água pela proximidade do fogo, ou a assimilação de um alimento na digestão, ou a reprodução animal são exemplos de *poiêsis*. No que concerne ao termo *praxis*, se ele não está alinhado ao longo da gama de empregos do qual é suscetível  $\theta\acute{\iota}\epsilon\acute{\alpha}\tilde{\alpha}\iota$  e se é preciso admitir que a gama de  $\delta\eta\tilde{\iota}\upsilon\omicron\omicron\acute{\alpha}\tilde{\epsilon}\iota$  é menos extensa, tem-se ainda assim de dizer que ele é empregado sem nenhuma restrição para falar do comportamento dos animais e das tarefas que eles têm que desempenhar para que consigam se alimentar, se locomover, se defender e criar a sua prole.<sup>9</sup>

E, desenvolvendo a supramencionada caracterização, o precitado autor pontua que:

Orientadas uma e outra em vista do tipo de realizações que se podem produzir ou não, que podem acontecer de tal ou tal maneira, tendo por origem o agente e, neste, uma disposição da *dianoia* e uma disposição adquirida que qualifica uma outra parte da alma (que, no caso da *praxis*, é o desejo) *praxis* e *poiêsis* diferem entre si pela situação de seu ergon em relação ao agente e (mas isso é muito mais obscuro) pelo seu tipo de finalidade e a maneira mediante a qual se pode apreciar seu sucesso. [...] enquanto a produção tem um fim outro que ela mesma, o fim da ação é a própria *eupraxia* – que se compreendeu como uma diferença entre uma atividade transitiva e uma atividade imanente [...]: o resultado da produção seria um objeto “exterior” si-

<sup>9</sup> BESNIER, Bernard. A distinção entre *práxis* e *poiêsis* em Aristóteles. **Analytica**, v. 1, n. 3, 1996. Disponível em: <[HTTP://www.analytica.inf.br/analytica/diagrad/4.pdf](http://www.analytica.inf.br/analytica/diagrad/4.pdf)>. Acesso em: 06 jul. 2009. p.129-30.

multaneamente ao agente que o produz e ao movimento (a *poiêsis* propriamente dita) pelo qual ele foi produzido, enquanto, para a ação, é o movimento mesmo, a conduta do agente, que é não apenas o fim, mas também a obra, o resultado.<sup>10</sup>

Ante o exposto, percebe-se que, do ponto de vista da procedência, o *ergon* da *poiêsis* é exterior ao movimento que o realiza, ao contrário do da *praxis*, que é interior a ele. Já no que se refere, porém, ao resultado de ambas,

A primeira [*poiêsis*] visa a (sic) fabricação de um objecto; é uma acção produtora, eminentemente reificadora, que termina quando a realização se logrou. A casa está construída, acabou a acção. A casa é, pois, o limite (peras) da acção poiética. Aristóteles chama o movimento imperfeito do imperfeito.

A práxis, pelo contrário, movimento perfeito do perfeito [...], não aponta directamente a um produto, nem vem imposta coactivamente desde fora; é uma acção que radica na capacidade energética do sujeito – exis – que não acaba quando a obra – o produto – está terminada, construído. Trata-se de uma acção imanente e transitiva que habilita o sujeito prático; é, portanto, uma acção que reverte em favor do sujeito, cujo efeito não é a produção ou a transformação de algo, mas a realização deste em termos de aperfeiçoamento ou optimização sem limites. A *praxis* é o exercício efectivo das faculdades do homem, no preciso acto de se exercitarem, pelo que a *praxis* faz crescer (não engordar); reverte em favor do sujeito como hábito.<sup>11</sup>

O Renascimento resgatou e o Iluminismo consagrou o paradigma racional clássico, que a modernidade, conduzida pelo ideário iluminista, elevou ao máximo expoente. Todavia, a Revolução Industrial e a emersão da contemporaneidade presenciaram a mecanização da racionalidade, que se tornou mero instrumento para a manipulação mercadológica da produção de bens.

Em suma, com o advento do *Aufklärung*, aprofunda-se o fosso entre teoria e *praxis*, posto que o operar humano perde o seu sentido de *praxis*, sendo reduzido à técnica: a ação torna-se mera *Kinesis* e o cientificismo tecnopositivo, mera *poiesis*.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> BESNIER, 1996. p.133-4.

<sup>11</sup> CANTISTA, Maria José Pinto. Teoria e Praxis: a actual crise de desconexão entre o “saber” e o “viver”. In: CONFERÊNCIA DE ABERTURA DO ANO ACADÊMICO 1983-1984, 1983, Porto. **Anais...** Porto: Faculdade de Letras do Porto, 1983. Disponível em: <<http://repositorio.up.pt/aberto/bitstream/10216/7952/2/artigo3431.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2009. p.188.

<sup>12</sup> HABERMAS *apud* CANTISTA, 1983. p.188-9.

Esse processo é bem identificado por conferencista portuguesa, que vislumbra os contornos de um fenômeno que denomina de “desteleologização” do mundo moderno:

A redução da racionalidade hipertrofiou a chamada razão de meios – a razão instrumental – em detrimento da razão de fins. O homem contemporâneo tem abundância de meios e ausência de fins. Com a instrumentalização do saber, a teoria passou a ser teoria da técnica-pragmática – e esta última reduziu o operar humano ao produzir. A extrapolação indevida da aplicação do conhecimento tecnicista a todo o tipo de objecto – designadamente ao sujeito livre – acarretou consequências lamentáveis, postas de relevo por filósofos sociais de distinto signo.

Ainda que a ciência natural tenha actualmente superado a imagem mecanicista do mundo, continuamos a viver num ambiente cultural baseado em tal concepção (ou nas reacções negativas frente a ela). Esta figuração mental apresenta-nos um universo isotropicamente espacializado, em que o homem se perde por falta de referências qualitativas. É que a desteleologização do mundo, a sua pura quantificação homogênea, reverte sobre a ideia que o homem tem de si mesmo. Ausente a tensão teleológica, fica a simples relação de meios com meios, num indefinido processo que não alcança verdadeiras metas. Se o homem chega a entender-se a si mesmo como meio, então consagra-se a desorientação. Entra-se na noção linear de progresso, própria de quem corre demasiado depressa mas ... sem se dirigir a parte alguma.<sup>13</sup>

Essa instrumentalização da racionalidade foi denunciada pelo filósofo e sociólogo alemão, co-fundador da Escola de Frankfurt, Junger Habermas. Para ele, essa razão prática deveria ser substituída por uma razão comunicativa, “no âmbito de uma teoria reconstrutiva da sociedade.”<sup>14</sup>

A finalidade dessa nova racionalidade seria, por conseguinte, provocar uma releitura do Estado Democrático de Direito que acomodou o cidadão, através da consagração da razão prática, a um ambiente predominantemente técnico e a um *locus* social de omissão. Para Habermas, portanto, esse cidadão deveria assumir um comportamento crítico e, através de ações comunicativas intersubjetivas, fazer valer o seu direito de participação. Somente a partir daí, a teoria – ou, de acordo com a terminologia haber-

<sup>13</sup> CANTISTA, 1983. p.186.

<sup>14</sup> HABERMAS, Junger. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1. (Biblioteca Tempo Universitário, 101). p.21.

masiana, a validade – seria reabilitada perante a prática jurídica – ou, como denominou o jusfilósofo, a faticidade.

Essas ações comunicativas reconduziriam as decisões influentes na vida social ao consenso racional, tido como condição de legitimidade do direito, em detrimento da mera legalidade.<sup>15</sup> Destarte, vê-se que Habermas consegue superar, parcialmente, o dilema platônico, ao aliar a razão à vontade coletiva. E o problema central de sua Teoria do Agir Comunicativo é, com efeito, a superação do conflito entre faticidade e validade, que reside no discurso jurídico, por ser a linguagem o *medium* universal de incorporação da razão:

A teoria do agir comunicativo tenta assimilar a tensão que existe entre facticidade e validade. E, ao tomar tal decisão arriscada, ela preserva, de um lado, o engate na interpretação clássica de um nexo interno entre sociedade e razão, que pode ser mediado de diferentes maneiras, portanto um nexo entre circunscrições e coerções pelas quais transcorre a reprodução da vida social; de outro lado, ela não abandona a idéia de uma condução consciente da vida.<sup>16</sup>

Importa atentar para o paralelismo conformado pelas obras de Aristóteles e de Habermas, no que tange ao tema entre ambas coincidente – o confronto teórico-prático –, argutamente assimilado por Cantista:

Es evidente que hay una profunda divergencia entre la arquitectónica habermasiana y la aristotélica. Para Aristóteles, la teoría es un saber especulativo, una sabiduría que proporciona al hombre la contemplación de verdades que le trascienden. En el *theorein* aristotélico, la realidad contemplada es más excelente que el mismo hombre. Se trata de un saber ek-stático y desinteresado: el hombre se complace en el ver por el simple ver. La teoría es ya en sí misma praxis –y praxis suprema–, porque la teoría no nace de ninguna necesidad vital, sino precisamente de lo contrario, de una liberación de todas las necesidades inmediatas. La primacía del saber teórico respecto de lo práctico sólo es posible, en este contexto, porque la realidad contemplada es distinta y más excelente que el mismo hombre. Es decir: el objeto de la sabiduría trasciende y fundamenta aquel que lo piensa; de ahí, la primacía de la metafísica y de la ontología. La razón es por ello fuerza ascensional, cuyo sentido (o direccionalidad) le viene causado desde la realidad contemplada en término de perfección, causa primera y fin último.

<sup>15</sup> HABERMAS, 2003. p.52-3.

<sup>16</sup> HABERMAS, 2003. p.25.

En el contexto habermasiano, el saber primordial corresponde a las ciencias críticas; éstas se situán en la cumbre de su arquitectónica de los saberes; el objeto de la ciencia crítica, radicalmente fundamentadora, es el interés auto-emancipativo del hombre, a través de discursos prácticos, de un diálogo racional libre de toda represión. Como se ve, hay un rechazo de la ontología como ciencia del fundamento, porque este último no puede ser puramente especulativo; según Habermas, una teoría radicalmente fundamentadora tiene que serlo desde y por la misma *praxis*.<sup>17</sup>

As distinções preconizadas pelo grande Estagirita ganham relevo, todavia, se aplicadas ao âmbito da Teoria do Agir Comunicativo de Habermas, do que se pode concluir que o problema da dissociação entre teoria e *praxis*, manifestado pela tecnicização do saber pelo poder, pode ser atenuado através da emancipação político-comunicativa do indivíduo:

O caráter contemplativo da teoria, (sic) faz dela um saber monológico que não se coloca a si mesma perante a *praxis*, a não ser na forma de recomendações de técnica social capazes de controlar a ação racional tendo em vista certas finalidades, neste contexto, o âmbito das teorias sociais passa a ser constituído por *questões técnicas*, que se referem à organização racional da ação quanto a fins em relação a meios, e à escolha entre meios alternativos para fins dados – valores, máximas – e por *questões práticas*, que se colocam em atenção à aceitação ou recusa de normas, especialmente de normas de ação cuja pretensão de validade pode ser apoiada ou negada com fundamentos racionais. As teorias que pretendem enfrentar questões deste teor fornecem, então, interpretações que não são, porém, imediatamente efetivas como orientação da ação, mas que atuam antes como instrumentos de controle da massa despolitizada.<sup>18</sup>

Isso porque, à medida que o Estado utiliza a ciência como uma maneira de convalidar suas manobras políticas, a racionalidade embutida nesse processo, que antes conseguia legitimar o poder, já não possui esse condão. Desenvolvida ao sabor das demandas da produção, a ciência converte-se em mera técnica, servindo ao Estado como um instrumento de manipulação dos jurisdicionados, num total desvirtuamento do governo tecnocrático idealizado por Platão:

<sup>17</sup> CANTISTA, María José Pinto. **Ética y política, hoy**. Navarra: Universidad de Navarra, 2007. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/2187/1/01%20MAR%c3%8dA%20JOS%c3%89%20CANTISTA%2c%20Etica%20y%20pol%3c%adtica%2c%20hoy.pdf>> Acesso em: 06 jul. 2009. p.119-20

<sup>18</sup> FERRAZ JUNIOR, 1998, p.22.

A ligação entre ciência e atividade estatal serve, assim, de mascaramento para as relações de domínio, as quais deixam de aparecer como processo de formação da vontade para assumir a forma de uma tecnocracia. Mas como isto explica, quer pela exclusão de questões práticas importantes, quer por uma certa erosão de tradições culturais em nome da prioridade das questões técnicas, tal situação acaba gerando, no mundo de hoje, uma necessidade crônica de legitimação.<sup>19</sup>

Enfim, o grande desafio da Ciência Jurídica, hodiernamente, consiste em recuperar a legitimidade da teoria do direito, reabilitando-a perante a *praxis*. O professor emérito da Universidade de Bielefeld, Niklas Luhmann, propõe, para tanto, que a faticidade e a validade sejam aproximadas através da projeção de um enfoque sociológico na teoria e na *praxis* jurídicas, o que não deixa de despertar o potencial comunicativo dos destinatários das normas jurídicas, tangenciando, assim, a já vista Teoria do Agir Comunicativo:

Começemos com o velho problema da faticidade da validade normativa. Não seria equivocado, nem muito produtivo, afirmar, com Kelsen, que a ciência do direito se ocupa da validade das normas e a sociologia, pelo contrário, dos fatos. A questão é como poder-se-ia (sic) tematizar esta diferença na sociologia. O que Kelsen já encontrou feito é a resposta de George Jellinek e Max Weber: a sociologia se ocupa da convicção fática da validade (legítima) das normas. Com isto a relação resulta definida ou psicologizada de forma circular (ao que Kelsen se opõe com razão). Esta situação da teoria, que paralisa toda a discussão sobre a “legitimidade” é superável, se se vê (como sociólogo) a qualidade normativa de uma comunicação na faticidade de uma expectativa contrafática.<sup>20</sup>

## 2 Abordagem zetética dos problemas da dogmática jurídico-autoralista

Nessa parte do artigo, buscar-se-á apresentar os principais problemas do direito autoral contemporâneo, segundo uma ótica crítica.

Embora se pudessem resumir todos os problemas da Dogmática jurídico-autoralista apenas em um – a sua impressão marcadamente liberalista, conservadora e privatista –, preferiu-se dividi-los em três.

<sup>19</sup> FERRAZ JUNIOR, 1998, p.23.

<sup>20</sup> LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. **Revista do CCJ**, n. 28, ano 15, jun. 1994. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/25156/24689>>. Acesso em: 02 jul. 2009. p.3.

Isso porque, a despeito de os dois últimos problemas estarem diretamente interligados ao primeiro, o rigor metodológico que norteia a presente investigação exigiu a realização de estudos em separado, dadas as suas especificidade e complexidade.

Por isso é que, conforme se verá na sequência, tanto a questão da função social da propriedade intelectual quanto a da erupção de um novo paradigma cultural e comunicacional, por alguns conhecido como sociedade da informação, foram abordadas em tópico separado do da crítica central que se imputa ao ordenamento autoralista brasileiro. Com essa divisão, acredita-se que os respectivos temas poderão ser mais bem caracterizados.

## **2.1 Feição liberal, conservadora e privatista do direito autoral brasileiro**

Para se compreenderem os problemas do direito autoral brasileiro em vigor, não se pode prescindir de tecer um breve esboço histórico da consolidação desse campo da Ciência Jurídica como um ramo autônomo do Direito Civil, em nível mundial.

O marco de surgimento da proteção dos direitos autorais foi a invenção da imprensa, no século XV, atribuída ao tipógrafo alemão Johannes Gutemberg (1399-1468). A partir desse fato, a informação começou a circular de maneira mais livre – visto que, até então, os livros eram, em geral, artesanalmente manuscritos, o que lhes demandava mais tempo de confecção e custo de produção –, o que veio a fragilizar o monopólio clérigo-aristocrático sobre a reprodução de livros, começando a disseminarem-se cópias ilícitas de obras intelectuais.

Portanto, o direito autoral, desde seu embrião, já se revelava um mecanismo de coibição do avanço incontrolado da informação, através da criação de regras privatísticas guarnecedoras dos direitos morais e, sobretudo, patrimoniais dos autores e corporações a eles vinculadas. Mas, não bastasse essa fundamentação objetiva do direito autoral, de fundo simultaneamente moral e econômico, há quem enxergue, porém, uma justificativa subjetiva, de natureza metafísica, para a existência dessa seara do saber jurídico:

Fundamentalmente, o trabalho criativo é de um só tipo, seja no campo das idéias abstratas, das invenções ou das obras artísticas. O que se protege é o fruto dessa atividade, quando esta resulta numa obra intelectual, ou seja, uma forma com unidade suficiente para ser reconhecida como ela mesma. O fundamento do direito sobre tais obras se explica pela própria origem da obra, do indivíduo para o mundo exterior. A obra lhe pertence originalmente pelo próprio processo de cria-



ção; só a ele compete decidir revelá-la pondo-a no mundo, e esse fato não destrói a ligação original entre obra e autor.<sup>21</sup>

É preciso ter em conta, porém, que a origem do direito autoral não nos mostra a co-participação do criador das obras intelectuais na normatização desse direito, mas sim o seu alijamento desse processo de positivação jurídica, que foi arrebatado pelo poder do capital:

Desde 1557, a Inglaterra dispunha de uma regulamentação da imprensa, atribuindo uma prerrogativa real (um direito exclusivo e perpétuo) a um grupo de comerciantes do ramo editorial (*Company of Stationers of London*). É importante observar que os autores não eram os detentores desse direito, que, tanto na teoria como na prática, era apenas dos editores, visto apenas como um mecanismo para proteger o investimento feito. Além do interesse econômico dos editores, é preciso ressaltar o interesse político da Coroa, pois a concessão de amplos poderes à *Company of Stationers of London* lhe permitia atuar como uma espécie de polícia da imprensa, fiscalizando e impedindo edições piratas, mas também exercendo uma censura prévia a toda informação difundida no reino. Vemos assim que a origem do *copyright* está intimamente associada à censura, pois juntamente com a invenção da imprensa surgiu a necessidade de se controlar a difusão das obras, impedindo a sedição e a heresia.<sup>22</sup>

Em 1709, o Parlamento Britânico editou o *Statute of Anne*, que pôs fim ao monopólio perpétuo dos editores sobre a impressão das criações intelectuais, conferindo o *copyright* (direito de cópia) aos autores por certo período. Nada obstante, os editores recorreram aos Tribunais e conseguiram obter o *common law copyright*, que, embora reconhecesse a perpetuidade do direito natural do autor, admitia a sua cessão à indústria editorial.

Ainda no âmbito da história do direito comparado, Alves acrescenta que

<sup>21</sup> SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. p.25.

<sup>22</sup> ALVES, Marco Antônio Sousa. Genealogia e crítica do direito autoral: colocando em questão o autor e as formas de fomento e proteção das criações intelectuais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, 20 a 22 de novembro de 2008, Brasília. **Anais eletrônicos...** Brasília: CONPEDI, 2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/ arquivos/anais/brasil/09\\_711.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/ arquivos/anais/brasil/09_711.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2009. p.6452-68.

A história francesa também não é diferente da inglesa no essencial. Na França, até a Revolução, havia um grupo de editores parisienses que gozavam dos privilégios reais, permitindo o exercício do monopólio na área e a censura prévia (semelhante ao que ocorria na Inglaterra). Os autores, que dependiam de algum patrocínio real ou de um aristocrata, não gozavam de qualquer direito, seja porque, segundo o pensamento medieval, as idéias eram uma graça de Deus e não uma propriedade do autor, seja porque o representante de Deus na Terra era o rei, a quem cabia o exclusivo direito de dizer o que deve ser publicado, por quem, e por quanto tempo. Antes mesmo da Revolução, em 1777, a Coroa cedeu ao espírito da época (individualista e privatista) e reconheceu pela primeira vez o autor como detentor de direito, concedendo, ao lado dos *privilèges en librairie*, os *privilèges d'auteur* [...]. Nessa época, os debates sobre o tema estavam na ordem do dia, com importantes intervenções de Diderot (que em 1763 publicou a *Lettre sur le commerce des livres*, defendendo a legitimidade da propriedade do autor sobre sua obra como um direito inalienável e a mais natural das propriedades) e de Condorcet (que em 1776 publicou os *Fragments sur la liberté de la presse*, criticando a idéia individualista de que o autor é o proprietário natural de suas idéias, condenando a censura prévia e o monopólio comercial, e imaginando um mundo em que as idéias pudessem circular livremente).<sup>23</sup>

Em 19 de julho de 1793, é aprovada, em França, uma lei que concilia as duas correntes então existentes acerca do direito de autor – a primeira, que consagrava a inviolabilidade do direito de autor, e a segunda, que postulava a sua entrada em domínio público, após certo lapso de tempo.

Vale frisar que esse *discrímen* de origem francesa, entre o direito moral (imprescritível) e o direito patrimonial (prescritível) do autor, foi aprofundada na Convenção de Berna, tratado internacional celebrado na Suíça, em 1886, e sucessivamente completado em outras convenções<sup>24</sup>, no qual se constituiu União, entre os países signatários, para a tutela recíproca dos direitos autorais. Já nessa época, por exemplo, garantia-se a proteção das obras, independentemente da formalização do registro, dentre outros direitos.

<sup>23</sup> ALVES, 2008. p.6459.

<sup>24</sup> A Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas, de 9 de setembro de 1886, foi completada em Paris, a 4 de maio de 1896; revista em Berlim, a 13 de novembro de 1908; completada em Berna, a 20 de março de 1914; revista em Roma, a 2 de junho de 1928; em Bruxelas, a 26 de junho de 1948; em Estocolmo, a 14 de julho de 1967; e em Paris, a 24 de julho de 1971.

Essa dicotomia histórica, entre o *droit d'auteur*, de origem gálica, e o *copyright*, de origem anglo-saxônica, marcará os sistemas jurídicos de proteção aos direitos de autor até hoje vigentes no mundo. Enquanto o primeiro modelo privilegia os direitos da pessoa do autor, concedendo-lhe prerrogativas na condição de sujeito criador da obra, o segundo sistema centra-se na obra em si, regulando o seu direito de reprodução, com a finalidade precípua de exploração de suas potencialidades econômicas.

O modelo francês foi o consagrado na Convenção de Berna, cujos países unionistas preocupam-se com a tutela tanto dos direitos patrimoniais quanto dos direitos morais do autor, ao passo que o modelo britânico, do *copyright*, exige prévio registro da obra para que os direitos de autor sejam reconhecidos, numa postura muito mais mercadológica. Esta concepção foi formalizada na Convenção de Genebra de 1953, organizada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).

Tal divisão ideológica das concepções de direitos autorais, contudo, não é absoluta no mundo hodierno, posto que a maioria dos países subscreveu a ambos os precitados acordos internacionais e que os dois modelos sofreram mitigações ao longo do tempo:

Cada vez mais os dois sistemas se confundem, sendo o *copyright* invadido pelo mito romântico e pelos argumentos do direito natural do autor, assim como o *droit d'auteur* passa a priorizar o direito dos investidores (como atesta a Diretiva Européia de 2001). Aliás, ao invés de ver nesses dois modelos algo de incompatível e excludente, não seria insensato afirmar que, embora estabeleçam certos conflitos, no fundo eles se completam, o que deixa evidente a conexão íntima entre o discurso romântico do direito natural do gênio criador e o discurso econômico da apropriação proprietária das obras e da exploração das mesmas no mercado mediante a atribuição de um monopólio temporário cedido geralmente ao editor. O autor se torna proprietário de suas obras em nome de um suposto direito natural, e aqueles que exploram economicamente a arte e o conhecimento agradecem o monopólio que lhes é cedido, geralmente através de um contrato leonino.<sup>25</sup>

Os Estados Unidos, *exempli gratia*, maior exportador de produtos culturais<sup>26</sup> (ou anticulturais, a depender do prisma sob o qual

<sup>25</sup> ALVES, 2008. p.6460.

<sup>26</sup> Segundo Umberto Eco, “a informação não é mais um instrumento para produzir bens econômicos, mas tornou-se ele próprio o principal dos bens.” ECO, Umberto. *Guerrilha semiológica*. In: \_\_\_\_\_. **Viagem na irrealidade cotidiana**. Trad. Aurora Hornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. 4.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984. p.165-6.

se enxergue a questão) do passado século XX, passou a reconhecer os direitos morais do autor, numa jogada estratégica para, de posse de um discurso pseudo-ético, angariar vultosos lucros no mercado global. Com a criação da OMC (Organização Mundial do Comércio), em 1994, foi celebrado o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC ou, na sigla inglesa, TRIPS, *Trade Related Intellectual Property Aspects*), que, conforme relata Garzon,

é acordo comercial a partir do qual os estados comprometem-se a colocar à disposição dos titulares de direitos exclusivos as medidas judiciais e administrativas eficazes contra infrações. Além disso, prevê-se o OSD (Órgão de Solução de Diferenças), integrado por todos os membros e com competência para solucionar litígios e aplicar sanções. Ainda no TRIPS impõe-se, principalmente aos países em desenvolvimento, a ampliação de um severo sistema repressivo e de punição; isto o diferencia da Convenção de Berna, na qual se cuidou apenas de um sistema mínimo de proteção, permitindo que a própria matéria e as respectivas punições fossem tratadas pela legislação interna segundo o uso e costume de cada país.<sup>27</sup>

Mais uma prova do perfil mercadológico com que os EUA encaram os direitos autorais é que os assuntos a ele pertinentes, durante o governo de George W. Bush (filho), foram relegados à OMC, em detrimento da UNESCO. Tal tendência de mercantilização da cultura – onde as criações do gênio humano transformam-se, simplesmente, num produto comercializável e, diga-se de passagem, bastante rentável –, já fora, há algum tempo, detectada por um dos mestres da Escola de Frankfurt, criador da própria expressão “indústria cultural”, para quem

as mercadorias culturais da indústria se orientam, como disseram Brecht e Suhrkamp há já trinta anos, segundo o princípio de sua comercialização e não segundo seu próprio conteúdo e sua figuração adequada. Toda a *praxis* da indústria cultural transfere, sem mais, a motivação do lucro às criações espirituais. [...] As produções do espírito no estilo da indústria cultural não são mais *também* mercadorias, mas o são integralmente.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> GARZON, Ana Rosa Lemos da Cunha. **Direitos autorais:** busca do equilíbrio. Dissertação (Mestrado em Artes Visuais) – Escola de Belas Artes da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <[http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/EBAD-6VXGB9/1/mestrado\\_disserta\\_o\\_versaocompleta.pdf](http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/EBAD-6VXGB9/1/mestrado_disserta_o_versaocompleta.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2009. p.28.

<sup>28</sup> ADORNO, Theodor Ludwig Wiesengrund. A indústria cultural. Trad. Amélia Cohn. In: COHN, Gabriel (org.). **Comunicação e indústria cultural**. 5.ed. São Paulo: T. A. Queiroz, 1987. p.288-9.

O risco dessa visão especulativa do direito autoral é submetê-lo à drástica redução de tornar-se mera técnica para a consecução de operações comerciais lucrativas da indústria cultural. Tanto isso é verdade que levou Ascensão a afirmar que, “Na realidade, a proteção que se realiza não é a proteção da criação intelectual: é a proteção do investimento.”<sup>29</sup> Nesse sentido, urge uma guinada dos ordenamentos jurídico-autoralistas no sentido de *repersonalizar* e *despatrimonializar* os direitos de autor, isto é, recolocar o criador da obra intelectual no centro da proteção jurídica,<sup>30</sup> e não a obra, encarada como mera *commodity*.

A bem da verdade, pontue-se que, tanto o paradigma franco-germânico quanto o anglo-americano foram concebidos nos séculos XVIII e XIX, embebidos nas fontes da Ilustração, onde vicejava a ideologia do liberalismo econômico. Por conseguinte, nenhum desses dois protótipos se adequa aos fundamentos do Estado Social que emergiu após a Segunda Guerra. Atualmente, é impensável que um Estado de molde não-intervencionista – ou “neoliberal”, se se preferir a nomenclatura keynesiana – consiga equalizar o conflito existente entre o interesse privado, do autor e da empresa cultural, relativo à salvaguarda da exploração econômica da propriedade intelectual, com o interesse público, relativo à livre difusão do conhecimento e da informação. E é preciso frisar que uma relação dialética entre ambos os interesses representa, unanimemente, um pressuposto para o desenvolvimento socioeconômico de qualquer povo.

A regulação dessa matéria, por parte do Estado, deve, necessariamente, implicar uma nova postura dos Poderes constituídos e dos cidadãos a eles submetidos em relação ao controvertido tema dos direitos autorais e conexos. Por isso é que tanto o *droit d'auteur* quanto o *copyright* hão de ser repensados, a fim de se compatibilizarem ao contexto cultural emergente, de relativizações e incertezas jurídicas, decorrentes da propagação de novos paradigmas sociais.

Cite-se que as vanguardas do direito autoral têm capitaneado o desenvolvimento de uma filosofia *copyleft*, em contraposição ao *copyright* estadunidense, com o intuito de criar licenças padronizadas para a gestão livre, aberta e compartilhada de conteúdos, denominadas *Creative Commons*. A força desse movimento é tal que levou o ex-ministro da Cultura, Gilberto Gil, a apelidá-lo, numa

<sup>29</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação**: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.131.

<sup>30</sup> MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. In: BRASIL. Ministério da Cultura. **Direito autoral**. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. (Coleção cadernos de políticas culturais; v. 1). p.267-9.

metáfora muito sugestiva e eloquente, de “reforma agrária no campo da propriedade intelectual.”<sup>31</sup>

É justamente desse embate ideológico-teórico entre os dois paradigmas autorais, juntamente com o embate jurídico entre os ordenamentos positivos e a realidade social, onde os direitos autorais têm sido escamoteados, que emana a principal dificuldade do direito autoral contemporâneo: conseguir efetivar a tutela jurídica sem deixar de conciliar os interesses públicos (socioculturais) e privados (econômicos) em questão.

É compreensível que, num contexto globalizado e midiaticizado como o do mundo contemporâneo, apresentem-se, no ordenamento jurídico-autoralista brasileiro, os mesmos sintomas da “doença” que acomete, em nível internacional, o direito autoral. No caso do Brasil, nada obstante, a crise do direito autoral apresenta sinais bastante evidentes, que se buscará, doravante, identificar.

Superada, destarte, a análise histórica e internacionalista do fenômeno do direito autoral, enveredar-se-á pela espinhenta senda da crítica da Dogmática jurídico-autoralista brasileira.

São inúmeros os exemplos que nos levam à conclusão de que a vigente LDA brasileira (Lei n.º 9.610/98) ainda conserva o espírito privatista, herdado da cultura liberal e individualista que serviu de pano de fundo para a positivação original do direito autoral.

*Exempli gratia*, percebe-se que, no Brasil, a rigor, *qualquer reprodução não autorizada* da obra científica, artística ou literária será ilícita, salvo quando a lei dispuser em contrário. Esse ilícito é denominado “contrafação” pelo inciso VII do técnico-conceitual art. 5º da LDA. Ao ser praticado, sujeita o contrafator a indenizar as perdas e danos ocasionadas ao titular do direito de autor, sem prejuízo das sanções civis e administrativas cominadas nos arts. 102 a 110 da LDA.

As limitações à tutela autoralista são de dois tipos. Ou o objeto é expressamente excluído da proteção do direito autoral – hipótese normada no art. 8º da LDA –<sup>32</sup> ou é excluída a antijuridicidade da conduta subjetiva. Nesse último caso, deixa de configurar-se o

<sup>31</sup> ASSIS, Diego. “Reforma Agrária” no direito autoral. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 3 jun. 2004, p.E1.

<sup>32</sup> “Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

ilícito quando a reprodução inautorizada enquadra-se numa das hipóteses dos arts. 46 a 48 da LDA,<sup>33</sup> onde o legislador reputou haver superior interesse público ou justificável interesse privado.

A doutrina majoritária, de forma pusilânime, considera taxativas (numerus clausus) as precitadas hipóteses legais, ao argumento de que, em se tratando de restrições, deveriam ser interpretadas restritivamente. Não obstante, de acordo com uma interpretação teleológica das referidas limitações, o rol deve ser tido como so-

V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;

VI - os nomes e títulos isolados;

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras." (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm)>. Acesso em: 1º jun. 2009. p.3.

<sup>33</sup> "Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásti-

mente exemplificativo (*numerus apertus*),<sup>34</sup> cabendo ao magistrado, em última instância, decidir se incide limitação aos direitos de autor em cada caso concreto.

Para eminente doutrinador português, as limitações aos direitos de autor ainda são muito tímidas, revelando-se inadequadas à real consecução da *ratio legis* autoralista:

O hiperliberalismo selvagem em que vivemos manifesta-se, no domínio do direito de autor, pelo que se chamaria a “caça as exceções” (sic). Toda a restrição é perseguida, invocando-se a qualificação do direito de autor como propriedade – quando, mesmo que a qualificação fosse verdadeira, nem por isso a “propriedade” deixaria de estar submetida às exigências da função social. [...]

As restrições ao direito de autor permitem a adaptação constante deste direito às condições de cada época. Agora, não só não se prevêem as restrições adequadas à evolução tecnológica como se impede toda a adaptação futura. O direito de autor torna-se rígido, insensível a todo o devir.<sup>35</sup>

Dando prosseguimento à análise dos exemplos que personificam a inconsistência do direito autoral do Brasil, toma-se como um verdadeiro símbolo do descompasso entre a teoria e a *praxis* autoralistas a polémica questão da reprodução xerográfica de livros em instituições de ensino, máxime nas universidades. A *contrario sensu*, o art. 46, inc. II da LDA só admite a reprodução, “em um só exemplar”, “de pequenos trechos” de obras impressas, e desde que “para uso privado” e “sem intuito de lucro” por parte do copista.

O que se verifica, contudo, em qualquer faculdade, é o endosso de uma *praxis contra legem*, pois os estudantes, amiúde incentivados pelos próprios professores, adquirem fotocópias integrais de livros, normalmente produzidas em série para diversos colegas, a despeito de a LDA considerar tal conduta como contrafação. Essa é uma norma completamente desprovida de eficácia, pois qualquer

---

cas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.” (BRASIL, 1998, p.9-10)

<sup>34</sup> MORAES, 2006. p.264.

<sup>35</sup> ASCENSÃO, 2002. p.135-7.



pessoa consegue obter cópias “ilícitas” de obras integrais na maioria dos estabelecimentos onde se comercializa reprografia. O advogado e professor baiano, especializado em direitos autorais, Moraes, critica essa regra veementemente:

Pode-se dizer que este dispositivo da lei autoral [o art. 46, II] já nasceu “letra morta”. Não possui exequibilidade. O seu efeito é abominável, pois gera descrédito e cinismo.

O que, precisamente, constitui “pequeno trecho” de uma obra? Apenas um capítulo? Um número determinado de páginas? E se forem extraídas várias cópias sucessivas de “pequenos trechos”, mas tiradas uma de cada vez? E a cópia da cópia como está disciplinada? E mais: como fica a problemática situação dos livros esgotados, fora de catálogo?<sup>36</sup>

E a inadequação fática do art. 46, II da LDA causará ainda mais espécie, à medida que se saiba que o art. 49, inc. II da LDA derogada – a saber, a Lei n.º 5.988, de 1973, primeira lei específica de direito autoral do Brasil, pois antes se aplicava o direito comum do Código Civil de 1916 – permitia, numa postura muito mais comedida e razoável, a reprodução integral de 1 (um) exemplar da obra, desde que sua utilização não tivesse fim lucrativo. Ora, é, no mínimo, paradoxal que o pensamento jurídico de três décadas atrás seja mais vanguardista do que o do presente. Nesse particular, verifica-se que o regramento jurídico-autoralista brasileiro *involuiu*, ao tratar de maneira mais rígida e conservadora, agora, algo que se tolerara antes.

É, além disso, curioso notar que a LDA, além de prescrever restrições ao direito de uso da obra intelectual alheia, muitas vezes, acaba interferindo, indevidamente, na utilização da obra por parte de seu próprio autor. Nessas hipóteses, que serão delineadas a partir de agora, o direito autoral brasileiro, ao invés de proteger o interesse do autor, acaba por prestar-lhe um desserviço.

Precisa ser urgentemente repensado o aparato axiológico sobre o qual se sustenta a construção legislativa dos direitos morais do autor, em razão da distorção teleológica contida no art. 27 da LDA, que lhes atribui os (indesejáveis) predicados da inalienabilidade e da irrenunciabilidade. Ora, sendo uma expressão dos direitos da personalidade, os direitos morais do autor, dentre os quais, *verbi gratia*, a paternidade, a indicação da autoria, o ineditismo e a retirada, deveriam possuir, a princípio, os mesmos atributos que têm os direitos de personalidade.

<sup>36</sup> MORAES, 2006. p.9.304.

Ocorre que, sendo o direito autoral um direito civil especializado, e como o atual estágio da doutrina civilista sobre autonomia jurídica descreve a irrenunciabilidade e a inalienabilidade de certos direitos de personalidade – especialmente daqueles que podem expressar-se economicamente, a exemplo do direito à integridade física, vislumbrado na casuística dos casos de “barriga de aluguel”, por exemplo –, não há justificativa para que o Estado intervenha na fruição de direitos de personalidade que, a critério do sujeito, poderiam ser relativamente disponibilizados, seja no âmbito civil, seja no âmbito autoral.

E essa disponibilidade relativa, ao invés de afetar a dignidade da pessoa humana, como se poderia imaginar, pelo contrário, reforça-a.<sup>37</sup> Até mesmo porque, em se encarando a realidade material em que se inserem artistas, literatos e cientistas, praticamente situados à margem do capital, pode ser vantajosa para o autor da obra intelectual a alienação ou renúncia de certos direitos morais, seja a título oneroso, seja a título gratuito.

Dessa maneira, sustenta-se que o tratamento jurídico dispensado a tais situações, evidenciadoras da nova representatividade dos direitos morais do autor em face da evolução da teoria da autonomia jurídica, deveria ser idêntico àquele que é dispensado aos negócios jurídicos em geral. Logo, não havendo vícios na manifestação de vontade do autor, que pudessem vir a macular de nulidade ou anulabilidade o negócio, não subsistirá razão, *prima oculi*, para que o ordenamento jurídico repudie o pleno exercício de sua autonomia jurídica individual, facultando-lhe a renúncia ou alienação de direito de personalidade que são seus.

Afinal de contas, se o art. 23 LDA possibilita que um dos co-autores estipule a restrição de seus direitos morais e patrimoniais em favor do outro, não remanesce nenhuma justificativa para que o próprio autor seja impedido de dispor de um direito moral sobre a obra, à medida que seja exprimível patrimonialmente.

<sup>37</sup> “Na verdade, o direito de personalidade, em si, não é disponível *stricto sensu*, ou seja: não é transmissível nem renunciável. A titularidade do direito não é objeto de transmissão. Ou seja: a imagem não se separa do seu titular original, assim como sua intimidade. A imagem continuará sendo daquele sujeito, sendo impossível juridicamente – até fisicamente – sua transmissão a outrem ou, mesmo, sua renúncia. Mas expressões do uso do direito de personalidade podem ser cedidas, de forma limitada, com especificações quanto à duração da cessão e quanto à finalidade do uso. Há, portanto, certa esfera de disponibilidade em alguns direitos de personalidade. O exercício de alguns direitos de personalidade podem, sim, sofrer limitação voluntária, mas essa limitação é também relativa.” (grifos nossos) BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Prof. Agostinho Alvim; coord. Renan Lotufo). p.120-121.

E se a limitação prescrita pelo art. 27 da LDA já era inconveniente, à vista de tudo quanto exposto, absurda é a determinação do art. 38 da LDA, que imputa das características de irrenunciabilidade e inalienabilidade a um direito de natureza exclusivamente patrimonial, como é o direito de sequência<sup>38</sup> ali estabelecido.

Igualmente, considera-se descabida a restrição dos arts. 29 e 33 da LDA, que submetem à prévia autorização do autor (ou do editor, como habitualmente se verifica, na *praxis*) qualquer utilização de sua obra. Parece ponderado admitir que, uma vez que o autor busca inspiração para suas criações no amplo repositório de informações existente no mundo, não deveria haver restrição a que qualquer outro ser humano pudesse usufruir – desde que respeitando os direitos morais do autor, é lógico –, dessa criação do espírito, que também se baseara nos recursos do planeta, sem necessidade de autorização prévia.

E o parâmetro ideal para aferir a legitimidade da destinação acima propugnada da obra intelectual deveria ser, com efeito, a mera ausência de finalidade lucrativa. Assim, em se utilizando determinada obra, desde que na estrita observância dos direitos morais do autor e sem fins lucrativos, seria teleologicamente adequado à *ratio legis* do direito autoral, de índole constitucional, que a lei permitisse o uso pessoal, não-empresarial, da obra, até mesmo como uma maneira de universalizar o acesso do cidadão comum aos bens da cultura.

## 2.2 Desvinculação da propriedade intelectual de sua função social

A vigente Constituição Federal (CF), de 1988, conferiu ao direito de propriedade do autor o *status* de direito fundamental, no inciso XXVII de seu art. 5º, que verbera que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.”<sup>39</sup> Entretanto, é preciso ter em conta que tal direito há de ser ponderado com a garantia do inciso XXIII do mesmo dispositivo constitucional supramencionado, segundo o qual “a propriedade atenderá a sua função social.”<sup>40</sup>

<sup>38</sup> “Art. 38. O autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado.” (BRASIL, 1998, p.8)

<sup>39</sup> BRASIL, 1988. p.4.

<sup>40</sup> BRASIL, 1988. p.3.

Ainda na Carta Magna, o constituinte fez constar, no art. 215, § 3º, incisos II e IV, que o Plano Nacional da Cultura deveria visar à “produção, promoção e difusão de bens culturais” e à “democratização do acesso aos bens de cultura.”<sup>41</sup> No art. 218, ao dispor sobre a Ciência e a Tecnologia, o Diploma Maior prescreveu que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.”<sup>42</sup>

Até agora, ficou claro o intuito do legislador constituinte brasileiro, que foi o de incentivar o desenvolvimento e difusão da cultura e da ciência no país, democratizando e universalizando o acesso a elas. Portanto, a CF desenhou, em eloquente traço, as linhas gerais que deveriam nortear o sistema autoralista nacional, sempre almejando o equacionamento entre interesse público, de ordem cultural e científica, com o interesse privado, de cariz econômico.

Cumprе recordar que, em se tratando os direitos fundamentais em jogo – o da propriedade intelectual e o do acesso à cultura e à informação – de princípios de igual hierarquia e eficácia, o conflito entre eles, na esteira da hermenêutica alexyana, deverá ser solucionado mediante uma ponderação de valores. E não há dúvida de que o fiel dessa balança constituirá a função social da propriedade intelectual, princípio que, devidamente observado *in casu*, atende a ambas as supraqualificadas demandas fundamentais.

O Código Civil (CC), ao dispor sobre a propriedade, no art. 1.228, § 1º, de certa maneira regulamentou o inciso XXIII do art. 5º da CF, traçando o perfil da funcionalização da propriedade:

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.<sup>43</sup>

Diga-se, *en passant*, que, infraconstitucionalmente, o direito da propriedade intelectual brasileiro é regulado, atualmente, não apenas pela Lei n.º 9.610/98 (LDA, Lei dos Direitos Autorais), mas também pela Lei n.º 9.609/98, que regulamenta a utilização dos programas de informática; pela Lei n.º 9.279/96, que disciplina a concessão de marcas e patentes; além da Lei de Cultivares, tombada sob o n.º 9.456/97, que disciplina a manipulação biológica, sem prejuízo de toda a legislação extravagante afim à proteção dos

<sup>41</sup> BRASIL, 1988. p.119.

<sup>42</sup> BRASIL, 1988. p.121.

<sup>43</sup> BRASIL, 1988. p.478.

direitos intelectuais. Frise-se, nesse ponto, que a propriedade intelectual constitui gênero do qual são espécies a propriedade autoral e a propriedade industrial (marcas e patentes).

Conforme adverte Moraes,<sup>44</sup> a função social da propriedade é um conceito jurídico indeterminado, que, como tal, deve ser moldado às contingências históricas, de maneira tal que sua aplicação, no âmbito dos direitos intelectuais, não se restringe ao direito industrial, atingindo, outrossim, o direito autoral.

Studer e Oliveira também identificam a necessidade de funcionalização, princípio regulador do principal direito real, sobre a seara da propriedade intelectual:

Além da função social da propriedade imóvel ou móvel, a lei também defende a propriedade intelectual, porém, em tempos de Internet aumentou-se a necessidade das pessoas à informação, e a prontidão em se fazer cópias, sem qualquer compromisso com o autor intelectual. O acesso à informação e ao uso desta informação, que num primeiro momento poderia ser vista apenas como cópia, em contraposição a proteção dos direitos autorais, faz parte da nossa estrutura evolutiva, ante o impacto que a Internet tem sobre as nossas vidas, como ser social e integrado. Portanto vislumbra-se também o aspecto da função social da propriedade intelectual na época da Internet.<sup>45</sup>

Como já foi sustentado alhures, o grande desafio do direito autoral contemporâneo consiste em regular, de maneira harmônica, o interesse público e o privado, de modo que o sistema autoral não seja, de um lado, excessivamente punitivo, com o alheamento da propriedade intelectual de sua função social, a ruptura da noção de solidariedade social e o monopólio especulativo da informação, a qual é pressuposto para o desenvolvimento social e econômico de qualquer povo; nem, por outro, seja retirada a atratividade econômica e desincentivada comercialmente a atividade cultural e científica, com a abertura indiscriminada do sistema de regras de proteção da obra intelectual.

Por isso, uma leitura constitucional das premissas do direito autoral, bem como sua necessária funcionalização, são imprescindíveis, não somente para equilibrar, no plano concreto, o embate dos distintos interesses em jogo, como também para atenuar a tensão, no plano abstrato, imanente ao discurso jurídico-autoralista, entre a teoria e a *praxis* do direito autoral brasileiro.

<sup>44</sup> MORAES, 2006. p.262-3.

<sup>45</sup> STUDER, Andréa Cristina Rodrigues; OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Ensaio sobre função social da propriedade no Brasil**. Artigo disponibilizado pelo autor em 04 out. 2006. p.19.

## 2.2 Inaptidão para o tratamento de conflitos inerentes ao novo paradigma da sociedade da informação

Hoje em dia, basta possuir um computador conectado à rede mundial de computadores para que se esteja munido de todo o instrumental necessário para violar uma série de direitos autorais.

Com poucos cliques, é possível fazer o *download*, ou seja, a transferência eletrônica de dados, de todo tipo de criação do gênio humano “protegida” pelos direitos autorais: livros, músicas, imagens, vídeos, programas de computador, existe um acervo digital ilimitado de obras, disponibilizadas na Internet à revelia de seus autores, as quais é acessível, facilmente, “copiar e colar”. E, o que é pior, entre esses dois comandos, nada impede que se realize o “editar.”

Nesse contexto, as próprias noções de autor e obra metamorfoseiam-se, conforme relata Antonio:

Na Internet, por exemplo, cada indivíduo pode assumir várias identificações ao mesmo tempo: todos podem ser autores, agentes, produtores, editores, leitores, consumidores, de um modo em que a subjetividade de cada papel prevalece de acordo com o instante. Nesse sentido, os papéis se misturam e se confundem, distanciando-se de suas caracterizações tradicionais e colocando em discussão a reorganização desses temas. [...]

A obra intelectual e artística na Internet não mais se apresenta exclusivamente como a produção íntegra de perene de autores que se pode reconhecer, mas também como obra coletiva, múltipla e, frequentemente, anônima, fragmentada, incompleta, mutante e, muitas vezes, fugaz.<sup>46</sup>

Diante dessa realidade comunicacional, “tudo o que é sólido desmancha no ar”, como sustentado por aqueles que acreditam estarmos vivenciando a emersão de um paradigma chamado pós-modernidade. Para outros, esse novo contexto cultural, onde a informação circula livremente e é dada, em tempo real, de qualquer ponto do mundo, chama-se, simplesmente, sociedade da informação.

Sarlet<sup>47</sup> noticia que os direitos possuem cinco dimensões, que foram sendo assimiladas de acordo com o curso da história: a) di-

<sup>46</sup> ANTONIO, Irati. Autoria e cultura na pós-modernidade. **Ciência da informação**, v. 27, n. 2, Brasília, 1998. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-19651998000200012&script=sci\\_arttext&tlng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-19651998000200012&script=sci_arttext&tlng=es)>. Acesso em: 03 jul. 2009. p.4.

<sup>47</sup> SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.p.123.

reitos de primeira geração: direitos civis e políticos, traduzidos em abstenções do Estado (relativos ao lema da “liberdade” na Revolução Francesa); b) direitos de segunda geração: direitos sociais, econômicos e culturais, traduzidos em prestações positivas do Estado (lema “igualdade”); c) direitos de terceira geração: direitos coletivos e difusos, traduzidos na proteção de grupos humanos (lema “fraternidade”); d) direitos de quarta geração: biodireitos, traduzidos na proteção à vida humana; e e) direitos de quinta geração: direitos da Internet.

Logo, a presente discussão ganha ainda mais relevo, posto que a doutrina vislumbra, no advento da Internet, o florescimento de questões e conflitos jurídicos até então inimaginados, fazendo-se necessário repensar a própria categoria jurídica em questão, que se trata de uma nova dimensão da Ciência Jurídica. Sobretudo se se levar em consideração que, hoje, ao redor de todo o mundo, existe um forte e organizado movimento pela “cultura livre”, normalmente identificado ao licenciamento Copyleft:

O *software* livre é baseado na ideologia do “*copyleft*”, denominação surgida de um trocadilho feito por Don Hopkins, numa carta enviada ao amigo Richard Stallman na década de oitenta: “Copyleft – All Rights Reversed” [Copyleft – Todos os direitos reversos]. A expressão foi utilizada por Stallman para batizar o novo conceito de distribuição de *softwares*. Para ele, os programas deveriam ser livres. Então, criou a licença Pública GNU. O *free* não quer dizer “grátis”, mas sim “livre”. Ou seja, não é proibido cobrar pelo *software*, mas são livres o uso, a cópia, a modificação e a redistribuição de uma versão melhorada. Essas são as quatro liberdades que caracterizam o *software* livre: usar, copiar, modificar e redistribuir.<sup>48</sup>

A indústria fonográfica tem, consecutivamente, sofrido o impacto dessas novas tecnologias, sobretudo com a era de compartilhamento de músicas, capitaneada pela criação de *softwares* como o *Napster* e afins:

Enquanto pequenos grupos de *hackers* radicais começaram campanhas de violação dos direitos autorais, distribuindo música, vídeos, textos e programas de graça na internet sob o lema “a informação quer ser livre”, grandes movimentos espontâneos menos conscientes e menos radicais tomavam conta de um público mais amplo. Entre esses movimentos, o de maior impacto, sem dúvida, foi a formação da comunidade *Napster*. O *Napster* era um programa “ponto a ponto” desen-

<sup>48</sup> MORAES, 2006. p.320.

volvido em 1999 pelo estudante Shawn Fanning que buscava superar a dificuldade de encontrar música em formato MP3 na internet. Até então, as músicas em formato MP3 eram disponibilizadas principalmente por meio de servidores FTP que, em geral, ficavam no ar apenas até uma grande gravadora encontrar o servidor e enviar uma mensagem ameaçando deflagrar um processo judicial. Para superar essa dificuldade, Fanning projetou um sistema ponto a ponto, em que usuários poderiam acessar arquivos em pastas compartilhadas em computadores de outros usuários através de links recolhidos por um servidor. Assim, suprimia-se a mediação dos servidores que armazenavam arquivos. Os arquivos de música ficavam no computador de cada usuário e o servidor do Napster apenas disponibilizava os links de acesso a eles. O Napster trazia uma concepção inteligente que descentralizava o armazenamento dos arquivos. Com isso, criava uma situação legal ambígua. Não se tratava mais de um grande servidor distribuindo música, mas de uma rede de usuários trocando generosamente arquivos de música entre si.<sup>49</sup>

Acerca da revolução paradigmática protagonizada pela hodierna sociedade da informação, merece alusão, mais uma vez, o magistério de Moraes:

A digitalização não implode a edificação do Direito Autoral, mas impõe novo paradigma e uma profunda releitura. Antes, a proteção legal era vista como necessária aos custos da reprodução e à circulação de obras. Com o gigantesco poder da Internet, torna-se desnecessário o suporte físico. O *corpus mysticum* não necessita mais do *corpus mechanicum*. Metaforicamente, o gênio foge do confinamento da garrafa; a alma, do corpo biológico. O verbo não precisa mais se fazer carne. Na digitalização, o código binário, composto de “zeros e uns”, substitui o mundo físico. A desmaterialização dos suportes gera barateamento na circulação de idéias, obrigando um novo olhar sobre o papel do Direito Autoral, que, em suas primeiras leis, era justificado exatamente pelos custos da materialização e reprodução de obras.<sup>50</sup>

Ainda é subestimado o impacto dessa explosão da informação, conduzida através dos novos meios de comunicação e tecnologias, sobre a subsistência do direito autoral. Acerca das possibilidades ilimitadas de infringência da legislação autoral, que podem ser concretizadas por qualquer usuário da *World Wide Web*, vale ser citada a análise perpetrada por Lawrence Lessig, professor

<sup>49</sup> ORTELLADO, 2002. p.7.

<sup>50</sup> MORAES, 2006. p.258.



de Direito da Universidade de Stanford (EUA), teórico precursor da assim chamada “cultura livre” e um dos idealizadores das *Creative Commons*:

Nós vivemos em uma cultura de “copiar e colar” possibilitada pela tecnologia. Qualquer um que tenha criado uma apresentação sabe aproveitar a liberdade extraordinária que a arquitetura “copiar e colar” da Internet criou — em um segundo você pode localizar qualquer imagem que você desejar, e no segundo seguinte você pode implantá-la em sua apresentação.<sup>51</sup>

Comungamos com as idéias de juiz federal cearense, que, ainda no século passado, já propusera a licitude da reprodução não autorizada de obras literárias, pela Internet, de acordo com a destinação dada ao produto pelo consumidor. Segundo essa orientação, nos casos em que a reprodução implicar a obtenção de lucro direto ou indireto – como nos casos das empresas que comercializam essas obras pela rede, como provedores de acesso, empresas de programação e titulares de sítios eletrônicos que cedem espaço para publicidade –, o pagamento dos direitos autorais é devido. De outra sorte, nas hipóteses em que o usuário da Internet utiliza a obra sem finalidade lucrativa, não subsiste razão para limitar a reprodução da obra.<sup>52</sup>

Não parece ser a solução adequada, para resolver o embate teórico-prático sob comento, o endurecimento da legislação autoral, com o aumento de figuras ilícitas e o agravamento das sanções respectivas. A solução mais viável é, com efeito, abrir o sistema paulatinamente, criando ou reconhecendo novas hipóteses de limitação aos direitos de autor em que a reprodução não autorizada da obra não implique prejuízo para quem quer que seja. Afinal, o uso pessoal de uma faixa de música no formato MP3, “baixada” por um internauta, não significa que ele deixou de adquirir, nas lojas, o álbum inteiro, pois importantes variáveis socioeconômicas precisariam ser levadas em consideração antes de se chegar àquela precipitada conclusão.

Por isso é que nos parece temerária a tipificação de crimes eletrônicos no nosso país, que vem sendo recentemente discutida com a apresentação do Projeto de Lei de Crimes de Informática (“AI-5

<sup>51</sup> LESSIG, Lawrence. **Cultura livre**. Trad. Fábio Emilio Costa. Creative Commons 1.0, s/d, s/l. Disponível em: <<http://ebooksgratis.com.br/livros-ebooks-gratis/tecnicos-e-cientificos/direito-autoral-cultura-livre-lawrence-lessig/>>. Acesso em: 22 jun. 2009. p.113.

<sup>52</sup> LIMA, George Marmelstein. A reprodução não-autorizada de obras literárias na Internet. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 21, nov. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1792>>. Acesso em: 15 jun. 2009. p.3-5.

Digital”) e do PL n.º 5.361/2009, de autoria do Deputado Federal de São Paulo, Bispo Ge Tenuta, que pretende alterar a LDA para a inserção de novos tipos penais e a pena “restritiva de acesso à Internet.”

Tais deliberações legislativas parecem contraproducentes, à medida que, no Brasil, a pirataria, por exemplo, é uma prática socialmente aceita, que democratiza o acesso à informação, gera trabalho e renda na informalidade e sustenta muitas famílias. Sem falar que, com os movimentos de libertação cultural em voga, muitos autores já autorizam tal reprodução, visando à ampla divulgação de sua obra. Por isso, em tese, seria até possível a alegação de erro de proibição em relação a tais crimes, visto que a noção de antijuridicidade deles encontra-se completamente dissolvida no meio social.

Diante de tamanha crise de legitimidade, validade e eficácia do direito autoral em vigor, em face da relativização da propriedade intelectual protagonizada pela Internet, impende uma análise zetética dessa modalidade de discurso jurídico, que se tornou tão distanciada do “mundo circundante”, parafraseando a terminologia heideggeriana.

Para finalizar, a lúcida exposição de Ortellado, sobre as perspectivas do direito autoral após o boom da informação na rede mundial de computadores, merece transcrição integral:

Hoje, o movimento pelo copyleft, pela livre circulação da cultura e do saber ampliou-se muito além do universo dos programadores. O conceito de copyleft é aplicado na produção literária, científica, artística e jornalística. Há ainda muito trabalho de divulgação e esclarecimento a ser feito e é preciso que discutamos politicamente os prós e os contras dos diferentes tipos de licença. Precisamos discutir se queremos conciliar a exploração comercial com a utilização não comercial livre ou se devemos simplesmente nos livrar dos mecanismos de difusão comercial de uma vez por todas; precisamos também discutir questões relativas à autoria e à integridade da obra, principalmente numa época em que o sampleamento e a colagem constituem formas de manifestação artística importantes; temos, finalmente, que discutir as inúmeras peculiaridades de cada tipo de produção adequando a licença ao que estamos fazendo (a ênfase na possibilidade de modificação de um programa de computador tem pouco cabimento quando aplicado à produção científica, etc.) Esse trabalho não é o trabalho de imaginar um mundo possível, mas de passar a construí-lo, aqui e agora.<sup>53</sup>

<sup>53</sup> ORTELLADO, 2002. p.9.

## Conclusão

A crise que o direito autoral vivencia, largamente demonstrada no transcorrer deste trabalho, não significa que o direito autoral perdeu sua razão de ser ou chegou ao fim.

No entanto, é inegável o distanciamento entre faticidade e validade no âmbito do direito autoral, sendo que as normas jurídicas autoristas somente recuperarão sua legitimidade caso seu discurso jurídico seja profundamente reformulado, a partir da revisão das próprias premissas que alimentam os direitos de autor.

O mundo globalizado, na década final do século passado e no início desta, tem passado por uma verdadeira revolução no campo da comunicação, alavancada pelo surgimento da Internet e pela disseminação das novas mídias e tecnologias.

Portanto, a Dogmática jurídico-autoralista não pode ficar presa a modelos ultrapassados, excessivamente preocupados com a salvaguarda do sacrossanto direito individual de propriedade.

Hoje, o direito autoral, para não ser “letra morta”, pressupõe uma abertura axiológica para as demandas de uma sociedade *online* que, cada vez mais, se inter-relaciona intersubjetivamente em função dos processos da informática.

A fim de que as regras autoristas sejam providas de alguma eficácia social, é mister que os problemas atuais desse campo da Ciência Jurídica sejam trazidos para o diálogo entre autores, financiadores e consumidores, para que, encarados zeteticamente, possam ser superados de modo democrático e conciliador.

## Referências

- ADORNO, Theodor Ludwig Wiesen-  
grund. A indústria cultural. Trad. Amélia  
Cohn. In: COHN, Gabriel (org.). **Comu-  
nicação e indústria cultural**. 5.ed.  
São Paulo: T. A. Queiroz, 1987.
- ALVES, Marco Antônio Sousa. Genealogia e crítica do direito autoral: colocando em questão o autor e as formas de fomento e proteção das criações intelectuais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, 20 a 22 de novembro de 2008, Brasília. **Anais eletrônicos...** Brasília: CONPEDI, 2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/III/arquivos/anais/brasil/09\\_711.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/III/arquivos/anais/brasil/09_711.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2009. p.6452-68.
- ANDRADE, Carlos Drummond de. **Antologia poética**. Organizada pelo autor. 43.ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- ANTONIO, Irati. Autoria e cultura na pós-modernidade. **Ciência da informação**, v. 27, n. 2, Brasília, 1998. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-19651998000200012&script=sci\\_arttext&tlng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-19651998000200012&script=sci_arttext&tlng=es)>. Acesso em: 03 jul. 2009.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação**: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ASSIS, Diego. "Reforma Agrária" no direito autoral. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 3 jun. 2004, p.E1.

BESNIER, Bernard. A distinção entre práxis e *poiêsis* em Aristóteles. **Analytica**, v. 1, n. 3, 1996. Disponível em: <HTTP://www.analytica.inf.br/analytica/diagrados/4.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Prof. Agostinho Alvim; coord. Renan Lotufo).

BRASIL. **Código Civil** (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Institui o Código Civil. Publicada no D.O.U. de 11.1.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/L10406.htm>. Acesso em: 1º jun. 2009.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Constituicao/Constituicao\_Compilado.htm>. Acesso em: 1º jun. 2009. p.159.

\_\_\_\_\_. **Lei dos Direitos Autorais** (Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998). Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Publicada no D.O.U. de 20.2.1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 1º jun. 2009. p.21.

CANTISTA, Maria José Pinto. **Ética y política, hoy**. Navarra: Universidad de Navarra, 2007. Disponível em: <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/2187/1/01%20MAR%2c%20JOS%2c%20CANTISTA%2c%20Etica%20y%20pol%3c%20adica%2c%20hoy.pdf> Acesso em: 06 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria e Praxis: a actual crise de desconexão entre o "saber" e o "viver"*. In: CONFERÊNCIA DE ABERTURA DO ANO ACADÊMICO 1983-1984, 1983, Porto. **Anais...** Porto: Faculdade de Letras do Porto, 1983. Disponível em: <http://repositorio.up.pt/aberto/bitstream/10216/7952/2/artigo3431.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2009.

ECO, Umberto. *Guerrilha semiológica*. In: \_\_\_\_\_. **Viagem na irrealidade cotidiana**. Trad. Aurora Hornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. 4.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GARZON, Ana Rosa Lemos da Cunha. **Direitos autorais: busca do equilíbrio**. Dissertação (Mestrado em Artes Visuais) – Escola de Belas Artes da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/EBAD-6VXGB9/1/mestrado\_disserta\_\_o.versaocompleta.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2009.

GUERRA, Gustavo Rabay. A teoria jurídica fundamental: algumas especulações acerca do conceito de Direito (em linhas propedêuticas). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 341, 13 jun. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5329>. Acesso em: 02 jul. 2009.

HABERMAS, Junger. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler.

Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1. (Biblioteca Tempo Universitário, 101).

JEFFERSON, Thomas. **The writings of Thomas Jefferson**. Washington: Thomas Jefferson Memorial Association, 1905. v. 13, p.333-5.

LESSIG, Lawrence. **Cultura livre**. Trad. Fábio Emilio Costa. Creative Commons 1.0, s/d, s/l. Disponível em: <<http://ebooksgratis.com.br/livros-ebooks-gratis/tecnicos-e-cientificos/direito-autoral-cultura-livre-lawrence-lessig/>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

LIMA, George Marmelstein. A reprodução não-autorizada de obras literárias na Internet. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 21, nov. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1792>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. **Revista do CCJ**, n. 28, ano 15, jun. 1994. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/25156/24689>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. In: BRASIL. Ministério da Cultura. **Direito autoral**. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. (Coleção cadernos de políticas culturais; v. 1).

ORTELLADO, Pablo. **Por que somos contra a propriedade intelectual?** Copyleft, 2002. Disponível em: <<http://planetarium.com.br/planetarium/noticias/2002/7/1026837123>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

STUDER, Andréa Cristina Rodrigues; OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Ensaio sobre função social da propriedade no Brasil**. Artigo disponibilizado pelo autor em 04 out. 2006.



# **Alienação de folha de pagamento: natureza jurídica, licitação e dispensa à luz do ordenamento constitucional**

**Éder Maurício Pezzi López**

*Advogado do Senado Federal*

*Ex-advogado da Caixa*

*Especialista em Direito Civil e Processo Civil*

## **RESUMO**

O presente estudo tem por finalidade tratar da chamada “alienação de folha de pagamento”, espécie de contrato administrativo que entidades da Administração Direta vêm firmando com instituições financeiras, auferindo expressivas vantagens econômicas. Analisa-se a sua natureza jurídica, bem como a possibilidade de contratação de instituições privadas, abordando-se igualmente as questões atinentes à modalidade de licitação aplicável e sua dispensa.

Palavras-chave: Contrato administrativo. Folha de pagamento. Licitação. Dispensa.

## **ABSTRACT**

This study is about the so-called “payroll alienation”, some kind of administrative contract which Direct Administration entities have been firming with financial institutions, earning expressive economic advantages. Its legal nature is analyzed, as well as the possibility of hiring private institutions, and issues related to the applicable bidding modality and its dispensa are equally presented.

Keywords: Administrative contract. Payroll. Bidding. Trading pit. Dispense.

## **Introdução**

Nos últimos anos, Estados, Municípios e até mesmo órgãos da Administração Pública Federal têm firmado contratos com instituições financeiras, visando à efetivação de sua folha de pagamento. Tais operações têm sido ordinariamente chamadas de “alienação da folha de pagamento”, não obstante sejam em geral instrumentalizadas por meio de contratos administrativos de prestação de serviços, antecedidos de procedimento licitatório.

Assim, nesses contratos é em regra prevista exclusividade para que todos os servidores ativos e inativos recebam por meio da contratada a sua remuneração. Em troca dessa exclusividade, as instituições financeiras pagam valores à Administração, seja *in pecunia*, seja *in natura*, com bens determinados ou sob a forma da construção de bens imóveis, por exemplo.

Diante desse fenômeno, destina-se o presente estudo a analisar a sua natureza jurídica, bem como as principais questões atinentes a ele, tais como a viabilidade jurídica de serem contratadas instituições financeiras privadas, a modalidade de licitação aplicável e a possibilidade de dispensa de licitação no caso de instituições públicas.

## 1 Da natureza jurídica do bem em questão e a possibilidade de sua negociação

Para bem situar a questão, impõe-se definir qual a natureza jurídica da operação de “alienação da folha de pagamento”, de modo a que se possa definir qual o instrumento jurídico mais adequado para seu tratamento.

A primeira hipótese que se levanta é a possibilidade de se dar tratamento de “bem” ao direito que têm as entidades públicas de contratar instituições financeiras, visto que dele decorre valor econômico. Essa questão foi tratada pelo Plenário do TCU,<sup>1</sup> o qual concluiu que tal “poder” de contratar, por gerar receitas, é um ativo especial intangível para o ente público, tendo assim exposto seu entendimento:

Assim, conclui-se que o direito de o ente público contratar instituições financeiras para prestar serviços financeiros necessários à consecução de suas atividades de auto-administração e implementação de ações governamentais pode ser considerado um ativo especial intangível e, nesta condição, pode ser ofertada sua exploração econômico-financeira ao mercado, por meio de licitação.

Quanto à classificação de tal “bem”, o mesmo acórdão refere que, “do ponto de vista meramente jurídico, parece não haver óbice em considerar a folha de pagamento da Previdência Social como um bem público de uso especial de natureza móvel e incorpórea”. Tais referências, em que pese adequadas ao objeto em questão, merecem ressalvas no tocante ao que represente efetivamente o “bem jurídico” em análise.

<sup>1</sup> Acórdão 3.042/2008, Rel. Min. Augusto Nardes, Sessão de 10/12/2008, D.O.U. 12/12/2008.



Observe-se, em primeiro lugar, que o ato de realizar o pagamento aos servidores não pode ser considerado em si como um bem, uma vez que constitui mera atividade administrativa operacional, que inclusive é onerosa para as instituições financeiras que a realizam, visto que demandam toda uma estrutura de material e pessoal. Essa atividade, diga-se, sequer pode ser considerada como serviço público, uma vez que não se destina a “satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”, como ensina Carvalho Filho.<sup>2</sup> Em verdade, o pagamento de servidores é típica atividade bancária que se assemelha às demais atividades-meio da Administração, tais como os serviços de limpeza, segurança, copa, etc.

A particularidade dessa atividade é que ela, embora demande custos pela contratada, traz em si um proveito indireto de grandes proporções, uma vez que a instituição financeira passa a ter como potenciais clientes um grande número de servidores públicos, ativos e inativos, bem como seus pensionistas. Some-se a isso o fato de que tais pessoas geralmente possuem renda e estabilidade laboral superior à média da população, sendo a instituição menos sujeita a eventuais inadimplementos gerados por demissões, por exemplo.

Diante disso, pode-se dizer que o bem de que se está falando não é a “folha de pagamento”, ou mesmo a atividade em questão, mas a vantagem advinda à instituição financeira que a efetive. Por essa razão, mostra-se correto o entendimento esposado pelo TCU, ao considerar que o “poder” que tem a Administração de contratar instituição financeira para operacionalizar a folha de pagamento, por representar vantagem econômica, é um ativo, que pode ser objeto de negociação.

Contudo, é de se ver que não parece adequado caracterizar a vantagem advinda da operacionalização da folha como um bem autônomo, uma vez que ela é uma decorrência intrínseca do contrato de prestação do serviço de operacionalização da folha de pagamento, sob regime de exclusividade. Em outras palavras, dar tratamento de “bem” à folha de pagamento, ou à eventual vantagem decorrente de sua instrumentalização, é entendimento que criaria diversas dificuldades para sua negociação, uma vez que não se mostrariam adequadas às modalidades típicas previstas no direito administrativo, tais como a autorização, permissão ou concessão, não se podendo igualmente cogitar de alienação (art. 17 da Lei 8.666/93).

<sup>2</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.305.

Observe-se que tanto a autorização quanto a permissão de uso de bem público são atos unilaterais da Administração, marcados pela precariedade.<sup>3</sup> No caso em questão, não há como se vislumbrar uma simples utilização exclusiva do bem pelo particular, mas sim uma operação complexa que envolve concomitantemente a prestação de um serviço específico e determinado. Pelas mesmas razões, não há como se cogitar da concessão de bem público, nem das formas privadas que podem ser utilizadas, tais como a locação, por exemplo, ainda que elas sejam contratuais e não sujeitas à precariedade atinente à autorização e à permissão.

Por isso, a forma que se mostra mais adequada para que possa ser realizada a operação é o contrato administrativo de prestação de serviços. A única peculiaridade a esse respeito seria o fato de que, ao invés de pagar, a Administração receberia vantagens em dinheiro ou em bens.

Em realidade, a ocorrência de vantagens indiretas para o particular em contratos administrativos não é nenhuma novidade, e é em muitos casos decorrência natural de sua execução. Veja-se, por exemplo, que a montadora que se sagre vencedora de licitação para a compra de viaturas policiais certamente terá uma maior projeção perante o mercado, uma vez que veículos de sua marca estarão diariamente nas ruas realizando patrulhamento e sendo vistos pela população. Essa vantagem certamente é considerada no momento de formulação da proposta, visto que, diante de eventual aumento de vendas para o mercado privado, gerado pela maior exposição de sua marca, poderá a licitante reduzir sua margem de lucro.

Outro exemplo pode ocorrer na contratação de empresas prestadoras de serviços de informática. Certamente as empresas que desenvolvam *softwares* para grandes órgãos públicos terão maior prestígio no mercado privado, podendo isso aumentar seus lucros em negócios com particulares. Contudo, em tais casos, essas vantagens indiretas auferidas pela contratada ainda são menores do que o custo que o contrato administrativo lhe demanda, razão pela qual mostra-se indispensável o pagamento de valores pelo Poder Público.

De outra parte, pode-se pensar, ainda, num caso em que as vantagens indiretas sejam equivalentes ao custo do contrato, não havendo qualquer pagamento *in pecunia* pelas partes. Tal situação ocorreu, por exemplo, nas obras de reforma do Palácio da Alvorada, as quais foram custeadas integralmente por um grupo de empresas e efetuadas pela Associação Brasileira de Infra-Estrutura

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20.Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.637.

e Indústrias de Base (Abdib).<sup>4</sup> Nesse caso, a divulgação do nome das empresas, bem como o prestígio de ter realizado a restauração de tão famoso prédio público, foram, ao menos em tese, equivalentes ao ônus que tiveram com a obra.

No caso dos contratos envolvendo prestação de serviços de operacionalização de folha de pagamento, a peculiaridade reside no fato de que as vantagens indiretas auferidas pela instituição financeira com a venda de seus produtos e serviços é expressivamente superior aos custos que o contrato administrativo lhe demanda, daí o interesse econômico que têm as instituições financeiras em tais operações.

Se por um lado a Instituição Financeira paga pelo direito de ser contratada e tem o ônus de prestar um serviço adequado à Administração, por outro tem em seu favor a exclusividade de efetuar o pagamento a um grande contingente de potenciais clientes. Por tais razões, verifica-se que a forma mais adequada de ser instrumentalizada a operação em questão é o contrato de prestação de serviços, ainda que o ônus de pagamento recaia exclusivamente sobre a contratada.

## **2 A questão da exclusividade da instituição financeira para realizar o pagamento de servidores**

A vantagem econômica advinda do pagamento de vencimentos de servidores, como referido, é intrínseca à contratação de instituição financeira para tal finalidade. Essa vantagem se torna mais expressiva no momento em que seja prevista a exclusividade de apenas essa instituição fazer os pagamentos, impondo-se analisar a legalidade de tal aspecto.

Numa primeira análise, poder-se-ia argumentar que essa exclusividade retiraria a liberdade dos beneficiários dos valores, obrigando-os a contratar apenas com uma determinada instituição financeira. Igualmente, essa medida impediria outras instituições financeiras de efetuar os pagamentos aos servidores, prejudicando a concorrência e o livre exercício da atividade empresarial.

Tais objeções, em que pesem relevantes, não se justificam. Observe-se que, sob o viés do servidor, não lhe é causado nenhum prejuízo que possa tornar a exclusividade uma medida ilícita ou abusiva, visto que a ele não é imposto qualquer ônus para o recebimento dos valores. Isso porque a conta a ser aberta é totalmente

<sup>4</sup> Obra com custo total de R\$ 18,4 milhões, conforme notícia veiculada pelo Ministério da Cultura, disponível em <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=13137&sigla=Noticia&retorno=detalheNoticia>>, acesso em 21/09/2009.

isenta de tarifas, isenção essa que abrange inclusive a remessa da integralidade dos valores para outras instituições financeiras de livre escolha do seu titular.

Veja-se, quanto a isso, que a Resolução 3.402 do Conselho Monetário Nacional, publicada em 08/09/2006, prevê a prestação de serviços de pagamento de salários, aposentadorias e similares sem cobrança de tarifas. Pelos termos dessa norma, as instituições financeiras que instrumentalizem tais pagamentos devem fornecer serviços de saque, total ou parcial, e de transferência dos valores para outras instituições sem qualquer ônus para o seu titular, ressalvado o caso de eventuais serviços extraordinários contratados por ele.

Além disso, se, apenas por hipótese, o pagamento não fosse instrumentalizado por intermédio de instituição financeira, o servidor teria que receber seus proventos diretamente na sala do órgão responsável, que o realizaria igualmente de forma “exclusiva”. A faculdade que hoje existe de efetuar o pagamento diretamente em quaisquer instituições financeiras indicadas pelo servidor é mera liberalidade da Administração, cuja supressão criaria, no máximo, uma mera necessidade de readaptação ao novo sistema.

Do ponto de vista do direito da concorrência,<sup>5</sup> é de se ver que igualmente não há qualquer ilicitude na exclusividade em comento. Isso porque não se está impedindo o servidor de contratar com outras instituições financeiras, nem de nelas manter os valores de seus proventos. Em realidade, como visto, o servidor poderá remeter os valores de sua remuneração integralmente para a instituição financeira que quiser, sem qualquer ônus, não havendo como ser prejudicado o mercado do segmento bancário.

Em realidade, vê-se a necessidade de ponderar duas situações opostas. De um lado, a exclusividade do pagamento em apenas uma instituição financeira poderá causar algum incômodo aos beneficiários dos valores, especialmente no momento inicial de sua implantação. Contudo, de outra parte, colocam-se as vantagens que serão auferidas pela Administração, que terá uma redução de diligências administrativas relativas ao pagamento, geradas pela sua simplificação, além de perceber valores que poderão ser utilizados para a melhoria da infraestrutura do próprio órgão, melhorando inclusive a qualidade do ambiente de trabalho dos servidores.

<sup>5</sup> Veja-se, a título de informação, que foi interposto mandado de segurança por uma instituição financeira privada em face da resolução do CMN acima referida, justamente sob o argumento do prejuízo à concorrência, tendo a ação sido extinta sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa e passiva e falta de interesse processual (MS 12700/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/06/2007, DJ 29/06/2007, p.473).

Assim, visto que não há qualquer ilegalidade na previsão de exclusividade, resta verificar se é possível a contratação de instituições privadas para o objeto em análise.

### **3 Possibilidade de contratação de instituições privadas para a operacionalização da folha de pagamento**

Desde logo é de se ver que não há, do ponto de vista legal ou constitucional, qualquer óbice à contratação de instituições privadas para a realização do pagamento de servidores. Isso porque os valores que são depositados nas contas não podem ser considerados como “disponibilidades de caixa”, os quais só podem ser depositados no Banco Central ou, no caso dos Estados, DF e Municípios, em instituições oficiais, como prevê o art. 164, § 3º, da Constituição da República.

Em realidade, os valores de disponibilidade de caixa pertencentes às entidades federativas jamais poderiam ser custodiados em instituições privadas, sob pena de afronta direta ao dispositivo constitucional. A esse respeito, é de se ver que mesmo no caso de o Poder Público deter parte não majoritária do capital, ou estar-se diante de instituição financeira originalmente pública, mas posteriormente privatizada<sup>6</sup>, jamais poderá ser derogada a norma constitucional, a não ser em caso de lei de caráter nacional, no caso dos entes diversos da União.

Analizando a hipótese em questão, entretanto, vê-se que os valores a serem operacionalizados pela instituição financeira pertencem exclusivamente aos servidores ativos, inativos e pensionistas do órgão pagador, não se confundindo com valores que se configurem como disponibilidades de caixa do ente público. Em realidade, no momento em que o Poder Público transfere os valores para as contas titularizadas pelos seus servidores, dá-se a transmissão da propriedade de tal numerário, razão pela qual se está diante de bens eminentemente particulares. Por essa razão, não incide a norma constitucional referida à hipótese, não havendo qualquer impedimento a que instituições privadas atuem nesse âmbito.

Nesse sentido, veja-se que o STF já decidiu a respeito da possibilidade de crédito da folha de pagamento em banco privado,<sup>7</sup> afastando a alegação de ofensa ao art. 164, § 3º, CF. Ao redigir o voto vencedor, o Min. Carlos Velloso, relator para o acórdão, assim

<sup>6</sup> Sobre o tema, veja-se o julgado pelo STF na ADI 3578 MC, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 14/09/2005, DJ 24-02-2006 p.6.

<sup>7</sup> STF, Tribunal Pleno, Rcl-AgR 3872 / DF - DISTRITO FEDERAL, AG.REG.NA RECLAMAÇÃO, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 14/12/2005, DJ 12-05-2006, p.5.

expôs a questão, reproduzindo o voto que havia proferido no RE 444056:

Os pagamentos realizados aos servidores municipais não são disponibilidades de caixa, pois tais recursos, uma vez postos à disposição de servidores, têm caráter de despesa liquidada, pagamento feito, não estando disponíveis ao Município, pessoa jurídica de direito público interno, mas estão disponíveis aos servidores, credores particulares.

Dito isso, conclui-se que não há qualquer óbice a que a folha de pagamento de entes da Administração Direta seja instrumentalizada por instituições financeiras privadas.

#### **4 Modalidade de licitação para a contratação em questão**

Como já referido, o instrumento adequado para a instrumentalização de negócio envolvendo folha de pagamento é o contrato administrativo de prestação de serviços, não se devendo aplicar as formas atinentes à alienação ou ao uso de bens públicos por particulares.

Nesse contexto, resta perquirir se, em se tratando de serviços bancários de operacionalização de folha de pagamento, poder-se-ia aplicar o pregão, previsto na Lei 10.520/02, nos seguintes termos:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Analisando as peculiaridades do objeto do contrato a ser firmado, vê-se que o serviço de operação da folha de pagamento, envolvendo abertura de contas, saques, transferências, etc. pode ser perfeitamente caracterizado como um “serviço comum”. Isso porque é plenamente possível definir em edital os padrões de desempenho e qualidade que serão exigidos, tais como número e área de abrangência de agências, caixas eletrônicos, capacidade de atendimento, infraestrutura, etc. Além disso, é de se ver que para a atividade bancária existe uma série de normas específicas expedidas pelo CMN e pelo Banco Central, tornando ainda mais facilitado o estabelecimento de padrões contratuais.

No entanto, é importante observar que a Lei 10.520/02 consigna expressamente que o critério para julgamento e classificação das propostas será o de “menor preço”, nos seguintes termos:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

Diante disso, e considerando que na hipótese em questão o interesse da Administração seria o de receber o “maior preço”, o TCU tem considerado lícito aplicar tal critério de julgamento ao pregão, de forma excepcional, por entender que tal medida se coaduna com o interesse público:

A adoção de critério de julgamento de propostas não previsto na legislação do pregão, do tipo maior valor ofertado para o objeto mencionado no item anterior, somente seria admissível, em princípio, em caráter excepcional, tendo em vista o relevante interesse público da aplicação deste critério alternativo para o atingimento dos objetivos institucionais do ente público e como mecanismo concretizador do princípio licitatório da seleção da oferta mais vantajosa para a Administração. Tal especificidade deve obrigatoriamente ser motivada e justificada pelo ente público no processo relativo ao certame, além de ter demonstrada sua viabilidade mercadológica.

Em realidade, é adequado o posicionamento transcrito, uma vez que não há óbice a que seja aplicado ao pregão critério de julgamento que não esteja previsto expressamente na lei. Isso porque se deve ter em mente a *ratio* da lei que criou tal modalidade de licitação, que é justamente a de propiciar à Administração a contratação mais vantajosa de bens e serviços comuns. Nessa senda, poder-se-ia dar à expressão “menor preço”, constante da norma, a interpretação de “melhor preço”, contemplando a hipótese em tela.

Assim, considerando que no caso em questão as vantagens advindas ao contratado seriam superiores aos ônus que o contrato lhe acarretaria, mostra-se totalmente adequado que, ao invés de a Administração escolher o “menor preço”, opte ela por contratar com aquele que lhe pagar o “maior preço” pela contratação.

Frise-se que, ao fazer-se essa interpretação, não se está desvirtuando o pregão, ou transformando-o numa espécie de leilão, dado que, como visto, o objeto do contrato é a prestação de serviços comuns, não se confundindo com a alienação de bens ou sua exploração por terceiros.

## 5 Questão da dispensa de licitação para contratação com instituições financeiras públicas

Visto que a contratação de instituição financeira pressupõe prévio procedimento licitatório, por força do disposto no art. 37, XXI, da Constituição da República, impõe-se perquirir se é possível dispensá-lo em caso da contratação de instituições financeiras públicas, tais como o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, por exemplo.

A questão se torna mais relevante em razão do disposto no art. 24, VIII, da lei 8.666/93, o qual em linhas gerais prevê a possibilidade de dispensa de licitação para a contratação de entidade que integre a Administração Pública. Diante disso, poder-se-ia entender que a contratação de instituições financeiras que integrassem a Administração Pública indireta seria viável sem a realização de licitação, desde que elas tivessem sido criadas em data anterior à vigência da Lei 8.666/93 e que o preço fosse compatível com o praticado no mercado. Contudo, é de se ver que a norma em referência deve ser interpretada à luz do ordenamento constitucional, que disciplina de forma criteriosa a atuação do Estado como participante da economia, especialmente no art. 173.

Nesse contexto, antes de se definir a aplicabilidade da norma que permite a dispensa de licitação ao caso presente, faz-se necessário analisar a natureza jurídica da atividade prestada pela instituição financeira no contrato em comento, para então estabelecer qual o regime jurídico a ela aplicado.

### 5.1 A natureza jurídica da atividade a ser prestada pela instituição financeira e seu regime

Grau estabelece a atividade econômica (*lato sensu*) como um gênero do qual se destacam duas espécies: os serviços públicos e a atividade econômica *stricto sensu*. A prestação de serviços públicos, expõe ele, seria atividade com previsão direta ou implícita na Constituição, marcada pela sua vinculação ao interesse social<sup>8</sup>. Como exemplo, podem-se ter as atividades de transporte público, saúde, educação, correio, dentre diversas outras, as quais são prestadas diretamente pelo Estado ou através de particulares, por meio de autorização, permissão ou concessão.

De outra parte, a atividade econômica *stricto sensu* é aquela atividade que é desenvolvida dentro do contexto mercadológico. Quando a desempenha, o Estado o faz por exceção, vinculado es-

<sup>8</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.128.



tritamente às hipóteses constitucionalmente previstas, atuando no mercado em pé de igualdade com os agentes econômicos privados.

A respeito dessa classificação, assim sintetiza o referido Ministro, em voto proferido na ADI 1642:<sup>9</sup>

A expressão atividade econômica conota, no contexto do art. 173 e seu § 1º, atividade econômica em sentido estrito. O art. 173, *caput*, enuncia as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de atividade econômica. Trata-se, aqui, de atuação do Estado – isto é, da União, do Estado-membro, do Distrito Federal e do Município – como agente econômico, em área da titularidade do setor privado. Atividade econômica em sentido amplo é território dividido em dois campos: o do serviço público e o da atividade econômica em sentido estrito. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios neste segundo campo. O preceito não alcança as empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público.

Diante disso, é de se ver que, quando uma empresa estatal, ainda que constituída sob a forma de direito privado, presta serviço público, goza ela das mesmas prerrogativas advindas do regime de direito público. Nesse sentido, o STF tem reconhecido, por exemplo, que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição se aplica aos Correios<sup>10</sup> e à Infraero<sup>11</sup>, as quais, embora sejam empresas públicas de direito privado, são prestadoras de serviço público de competência material da União.<sup>12</sup> Da mesma forma, tem-se reconhecido a impenhorabilidade dos bens dessas empresas, pelo mesmo fundamento.<sup>13</sup>

Contudo, quando uma empresa estatal desempenha atividade eminentemente econômica, fica vedada pela Constituição qual-

<sup>9</sup> Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2008, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-01 PP-00001

<sup>10</sup> RE 407099, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 22/06/2004, DJ 06-08-2004 PP-00062 EMENT VOL-02158-08 PP-01543 RJADCOAS v. 61, 2005, p.55-60 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p.286-97.

<sup>11</sup> RE 363412 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-03 PP-00611.

<sup>12</sup> Serviço postal e correio aéreo nacional (art. 21, X, CR/88) e infraestrutura aeroportuária (art. 21, XII, “c”).

<sup>13</sup> AI 243250 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 10/02/2004, DJ 23-04-2004 PP-00009 EMENT vol-02148-06 p.-01150.

quer prerrogativa que não seja extensível aos demais particulares. Isso porque, como referido, o desempenho de atividade econômica *stricto sensu* por parte do Estado submete-se ao regime da livre concorrência, princípio basilar da ordem econômica, insculpido no art. 170, IV, da Constituição. Assim, qualquer privilégio que fosse instituído apenas para as empresas estatais configuraria flagrante violação a esse princípio, bem como à isonomia, o qual igualmente consta com *status* constitucional. Tal imposição decorre, ainda, do próprio princípio republicano<sup>14</sup> e do regime capitalista<sup>15</sup> insculpidos na Carta de 1988.

Assim, quando se trata de empresa estatal que participa em igualdade com os particulares, deve-se observar o disposto no art. 173 da Constituição, que assim dispõe:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Dando efetividade à norma acima transcrita, o STF tem considerado que quaisquer benefícios ou privilégios concedidos a empresa estatal que desempenhe atividade econômica *stricto sensu* é manifestamente inconstitucional. Veja-se, por exemplo, que foi dada interpretação conforme à norma prevista no art. 3º da Medida Provisória 1.522/96, a qual previu não serem aplicáveis as disposições do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) relativas ao advogado empregado às empresas públicas e sociedades de economia mista. A Corte Suprema reconheceu que a norma só seria constitucional se aplicada apenas àquelas empresas que não explorassem

<sup>14</sup> GRAU, 2008. 106.

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.706.

atividade econômica em sentido estrito. Do contrário, criar-se-ia distinção descabida entre tais empresas e os particulares que atuassem em regime de concorrência no mercado.<sup>16</sup>

Em relação a essa dualidade de regimes, poderia surgir certa dificuldade no caso de empresas que desempenhem tanto atividade econômica *stricto sensu* quanto serviços públicos, tal como ocorre com a Caixa Econômica Federal, por exemplo. Observe-se que a essa empresa pública foi delegado o serviço público de exploração de loterias,<sup>17</sup> a par de desempenhar ela sua atividade bancária ordinária, a qual é tipicamente econômica, em regime de mercado.

Nesse caso, dever-se-á aplicar o regime atinente a cada uma dessas atividades, de acordo com a sua natureza. Em outras palavras, quando estiver prestando serviços públicos, a empresa poderá ter privilégios relativamente a tais atos, situação que não poderá se dar em relação às atividades econômicas em sentido estrito. Veja-se mais uma vez, a respeito disso, o posicionamento de Grau:<sup>18</sup>

Apenas para exemplificar: ao tratarmos das empresas estatais – entidades da Administração Indireta – que desenvolvem tanto serviços públicos quanto iniciativa econômica, deveremos, tendo em vista a sua aplicação a um e a outro tipo de atuação, construir modelos específicos de regimes de Direito Público e de Direito Privado, sempre desde a ponderação do conteúdo e da finalidade dos princípios que os informam. No caso específico das empresas estatais, tomando também como parâmetro para esta construção a disposição expressa no § 1º do art. 173 do texto constitucional.

Voltando os olhos para o caso presente, pode-se constatar que realizar os pagamentos da folha de servidores ativos, inativos e pensionistas é evidente atividade econômica em sentido estrito, não se confundindo de forma alguma com a prestação de serviços públicos ou com outras atividades estatais diversas. Isso porque ela é típica atividade bancária, que é desempenhada indistintamente por diversas instituições, privadas e públicas, inclusive para particulares.

Estabelecidas essas premissas, impõe-se analisar suas implicações no tocante à questão envolvendo dispensa de licitação no caso de instituição financeira pública.

<sup>16</sup> ADI 1552 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/04/1998, DJ 17-04-1998 PP-00002 EMENT vol-01906-01 p.-00088

<sup>17</sup> V. art. 2º, d, Decreto-lei nº 759/69.

<sup>18</sup> GRAU, 2008. p.118.

## 5.2 Da inaplicabilidade do art. 24, VIII, da Lei 8.666/93 ao caso em tela

Visto o regime privado e concorrencial aplicável para empresas estatais que desempenhem atividade econômica em sentido estrito, não há como se considerar dispensável a licitação para a contratação de bancos públicos no caso presente, uma vez que isso implicaria numa vantagem que contraria frontalmente a Constituição da República.

Nesse sentido, é de todo inaplicável à espécie a norma do art. 24, VIII, da Lei de Licitações, que assim prevê:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

Observe-se que essa hipótese de dispensa é viável apenas para os casos de contratação de empresas que não desempenhem atividade econômica em sentido estrito, sejam elas prestadoras de serviços públicos ou de outras atividades intrínsecas à Administração Pública.

Em realidade, a hipótese de dispensa em questão relaciona-se com o fenômeno da descentralização, pelo qual a Administração direta, de modo a tornar mais eficiente a atividade estatal, cria entidades autônomas com finalidades específicas, a fim de delegar-lhe incumbências determinadas. No entanto, tal situação não se confunde com a criação, pelo Estado, de empresas de direito privado destinadas a atuar no mercado, as quais têm expresso fundamento constitucional, especialmente marcadas pelo relevante interesse coletivo ou por imperativos de segurança nacional.

Tal posicionamento, refira-se, é defendido por Justen Filho, que assim escreve a respeito do tema:<sup>19</sup>

Tem de reputar-se que a regra do inc. VIII apenas pode referir-se a contratações entre a Administração direta e entidades a ela vinculadas, prestadoras de serviço público (o que abrange tanto as prestadoras de serviço público propriamente ditas como as que dão suporte à Administração Pública).

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008. p.303.

A regra não dá guarida a contratações da Administração Pública com entidades administrativas que desempenhem atividade econômica em sentido estrito. Se o inc. VIII pretendesse autorizar contratação direta no âmbito de atividades econômicas, estaria caracterizada a inconstitucionalidade. É que as entidades exercentes de atividade econômica estão disciplinadas pelo art. 173, § 1º, da CF/88. Daí decorre a submissão ao mesmo regime reservado para os particulares. Não é permitido qualquer privilégio nas contratações dessas entidades. Logo, não poderiam ter a garantia de contratar direta e preferencialmente com as pessoas de direito público. Isso seria assegurar-lhes regime incompatível com o princípio da isonomia. Essa solução é indispensável para assegurar a livre concorrência.

O mesmo autor ressalta, ainda, que a dispensa prevista no art. 24, VIII, da Lei 8.666/93 só se aplica a entidades que tenham sido criadas “com a finalidade específica de fornecer bens e serviços à Administração Pública”, exercendo tal atribuição de forma exclusiva.<sup>20</sup> Assim, considerando que as instituições financeiras públicas foram criadas precipuamente para exercer atividades econômicas de mercado, em participação com agentes privados – e não atender exclusivamente à Administração – reforça-se a inaplicabilidade do dispositivo a elas.

A respeito dessas questões, analisando a aplicabilidade de tal dispositivo à empresa Cobra Tecnologia S.A., que é uma sociedade de economia mista vinculada ao Banco do Brasil, assim se pronunciou o TCU, em voto da lavra do Min. Benjamin Zymler:<sup>21</sup>

Definida tal questão, poder-se-á verificar se, de fato, a Cobra constitui pessoa jurídica de direito privado criada para o fim específico de fornecer bens ou prestar serviços à Administração Pública, de forma a poder valer-se da dispensa de licitação, com espeque no inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93. Outrossim, a confirmar-se seu *status* de empresa pública exploradora de atividade econômica, restará patente sua sujeição ao regime jurídico das empresas privadas (art. 173, § 1º, II, da CF), devendo, portanto, submeter-se à licitação.

Tal entendimento do TCU tem sido igualmente adotado pelos Tribunais de Contas dos estados, como se pode ver de decisão do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia<sup>22</sup>, o qual

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008. p.303-4.

<sup>21</sup> Acórdão 1733/2004 – Plenário, Sessão 03/11/2004, DOU 17/11/2004, p.0.

<sup>22</sup> Processo nº 93090/08, Termo de Ocorrência - Prefeitura Municipal de Eunápolis, Relator: Cons. Paulo Marconi, j em 18/08/2009, íntegra disponível em <<http://www.tcm.ba.gov.br/docs/mpeunapolis.doc>>, acesso em 22/09/2009.

entendeu ser incabível a dispensa de licitação para situação que é análoga ao objeto do presente estudo, nos seguintes termos:

Cumprе salientar, ainda, que as sociedades de economia mista, que exploram atividade econômica, como o Banco do Brasil, são pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo Estado para servirem de instrumento para sua atuação no domínio econômico, conforme o artigo 5º, do Decreto-Lei 200/1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal.

[...]

Sendo assim, fica evidente que o referido banco, apesar de fazer parte da Administração Pública Indireta, não foi criado com fim específico de prestar os serviços financeiros, objeto do citado contrato com o Município de Eunápolis, bem como não pertence ao mesmo nível de governo que o contratante, vez que se trata de um banco federal.

[...]

Por derradeiro, da leitura do instrumento contratual ora vergastado, infere-se que o mesmo não atendeu aos pressupostos exigidos pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem assim aos arts. 1º, 2º, 3º e 26 da Lei 8666/93, vez que o Banco do Brasil foi contratado para realizar serviços bancários, sem se submeter previamente ao devido certame licitatório, garantia constitucional que visa assegurar o princípio da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para o Poder Público.

Da mesma forma, tem-se visto o ajuizamento de ações civis públicas com o fito de declarar a nulidade de contratos firmados com dispensa de licitação, em casos semelhantes ao que ora se analisa. Veja-se, como exemplo, a seguinte notícia, veiculada na página da Procuradoria da República em Minas Gerais:<sup>23</sup>

MPF pede anulação de contrato de prestação de serviços financeiros firmado entre o Município de Uberaba e a Caixa Econômica Federal

Uberaba. O Ministério Público Federal (MPF) ajuizou Ação Civil Pública perante a Justiça Federal de Uberaba para anular o contrato de prestação de serviços financeiros celebrado entre o Município de Uberaba e a Caixa Econômica Federal. Segundo a ação, o contrato seria nulo, porque foi celebrado sem licitação, em clara afronta ao que dispõe o artigo 37, inciso XXI, da Constituição.

Em 24 de janeiro deste ano, o Município de Uberaba publicou a abertura de licitação, na modalidade pregão presencial, para a contratação de instituição financeira que prestasse, em regime de exclusividade, serviços

<sup>23</sup> <[http://www.prmg.mpf.gov.br/noticias/noti\\_result.php?id=1079&dados=>](http://www.prmg.mpf.gov.br/noticias/noti_result.php?id=1079&dados=>), acesso em 22/09/2009.

bancários de processamento da folha de pagamento dos servidores públicos municipais. O serviço incluiria o processamento das folhas da prefeitura municipal e das entidades da administração pública indireta: o Centro Operacional de Desenvolvimento e Saneamento, a Companhia de Desenvolvimento de Informática, a Companhia de Habitação do Vale do Rio Grande, a Fundação Cultural de Uberaba, a Fundação de Ensino Técnico Intensivo Dr. René Barsan, a autarquia Estádio Municipal Engenheiro João Guido e o Instituto de Previdência dos Servidores Públicos Municipais.

Três meses depois, em 04 de abril, a Prefeitura revogou a licitação, que, aliás, se encontrava suspensa devido a questionamentos feitos pelos licitantes, e autorizou a abertura de procedimento de Dispensa de Licitação para a contratação direta da Caixa Econômica Federal.

Assim, pode-se concluir que é incabível a dispensa de procedimento licitatório para a contratação de instituições financeiras no caso sob análise, ainda que sejam elas públicas, pertencentes à Administração Indireta.

Ressalta-se, contudo, que isso jamais impedirá que tais instituições participem do certame licitatório, sendo que em muitos casos terão elas grandes chances de se sagrar vencedoras, dado o seu porte e a qualidade dos serviços que prestam.

## Conclusão

Diante do exposto, podem-se sintetizar as seguintes conclusões:

a) Em que pese a faculdade de contratar instituições financeiras com percepção de vantagens para a Administração seja um ativo, a forma que se mostra mais adequada para que possa ser realizada a operação é o contrato administrativo de prestação de serviços.

b) A previsão contratual de exclusividade para que apenas uma ou algumas instituições financeiras prestem o serviço em questão não representa qualquer ilicitude, seja sob o ponto de vista da liberdade individual dos beneficiários, seja sob o prisma da livre concorrência.

c) Os valores a serem operacionalizados pela instituição financeira pertencem integralmente aos servidores ativos, inativos e pensionistas do órgão pagador, e não se confundem com “disponibilidades de caixa” da União. Assim, não se aplica o disposto no art. 164, § 3º da Constituição, razão pela qual podem ser contratadas instituições privadas.

d) A modalidade de licitação mais adequada ao objeto em questão é o pregão, ainda que o critério adotado seja o de “maior preço”, tendo em vista a *ratio* que inspira a legislação correlata.

e) A prestação a ser contratada é típica atividade econômica em sentido estrito, aplicando-se, no caso de ser desempenhada por entidade pública, regime de direito privado e de livre concorrência.

f) Desse modo, viola a Constituição a dispensa de licitação (art. 24, VIII, da Lei 8.666/93) para o caso da contratação de instituições financeiras públicas, integrantes da Administração Indireta.

## Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Di-  
reito Administrativo**. 20.ed. São  
Paulo: Atlas, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem eco-  
nômica na Constituição de 1988:**  
interpretação e crítica. 13.ed. São  
Paulo: Malheiros, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário  
à Lei de Licitações e Contratos  
Administrativos**. 12.ed. São Paulo:  
Dialética, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário  
Contextual à Constituição**. 5.ed.  
São Paulo: Malheiros, 2008.



# **O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos frente à desvalorização da moeda brasileira em relação a outras moedas**

**Éder Pessoa da Costa**

*Advogado da Caixa no Distrito Federal  
Pós-graduado em Direito Tributário pela  
UNIFIEO – Osasco – SP*

## **RESUMO**

Juntamente com a crise econômica que se intensificou a partir de outubro de 2008, vieram a desvalorização da moeda nacional frente a moedas de outros países e os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro por parte dos contratados da Administração Pública. Diante dessa situação, sentimo-nos obrigados a apresentar esse trabalho que, longe de esgotar o assunto, tem por objetivo principal trazer o tema à reflexão e à discussão. Inicia-se com uma apresentação das disposições gerais sobre reequilíbrio previstas na legislação pátria, a qual vem acompanhada de previsão doutrinária e jurisprudencial. Finalmente, aborda-se questão específica da desvalorização do real frente à moeda de outros países como fator capaz de causar desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e dos requisitos que deverão ser comprovados para que o Administrador possa seguramente deferir os complementos sem risco destes serem considerados indevidos e passíveis de pedidos de ressarcimento ao erário.

Palavras-chave: Licitações e contratos administrativos. Desvalorização da moeda. Reequilíbrio econômico-financeiro. Requisitos.

## **RESUMEN**

Junto con la crisis económica que se intensificó a partir de octubre de 2008 vinieron la devaluación de la moneda nacional frente a las monedas de otros países y los pedidos de equilibrio económico financiero por parte de los contratistas de la Administración Pública. Delante de esta situación nos sentimos obligados a presentar este trabajo que lejos de agotar el asunto, tiene por objetivo principal traer el tema a la reflexión y discusión. Se inicia con una presentación de las disposiciones generales sobre el equilibrio previsto en la legislación patria, la cual viene

acompanhada de previsão doutrinária e jurisprudencial. Finalmente se aborda questão específica de devaluación del Real frente a las monedas de otros países como factor capaz de causar desequilibrio económico y financiero de los contratos administrativos y los requisitos que deberán ser comprobados para que el Administrador pueda seguramente deferir los complementos sin riesgo de que sean considerados indebidos y pasibles de pedidos de resarcimiento al erário.

Palabras Claves: Licitaciones y contratos administrativos. Devaluación de la moneda. Equilibrio económico y financiero. Requisitos.

## Introdução

“O furacão financeiro iniciado nos Estados Unidos varre o globo e lança a economia mundial em sua fase mais conturbada nas últimas décadas.”<sup>1</sup> “O mundo mergulha na incerteza com o aprofundamento da maior catástrofe financeira das últimas décadas.”<sup>2</sup> “Economia global se contrairá na Grande Recessão, diz FMI.”<sup>3</sup>

Manchetes como essas são extremamente preocupantes, tendo em vista que nos remetem a períodos marcados por conflito e incerteza decorrentes da aceleração inflacionária no Brasil, bem como a vivência de planos de estabilização econômica, cuja principal consequência foi uma violenta e repentina ruptura do equilíbrio das relações jurídicas.

Dentre os principais reflexos dessa crise e por muitos considerado fator capaz de causar desequilíbrio nas relações jurídicas, temos a desvalorização da moeda nacional frente a moedas estrangeiras, principalmente frente ao dólar americano.

Por si só, essa desvalorização cambial tem gerado diversos pedidos de revisão contratual, e conseqüentemente ensejado discussões e dúvidas no que diz respeito à possibilidade de revisão dos contratos, mormente quando se está diante de contrato celebrado pela Administração Pública, regido, portanto, pela Lei nº. 8.666/93.

Os fornecedores alegam que a variação cambial produziu um desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos e que a manu-

<sup>1</sup> Revista Exame – Edição 927, de 17/09/2008. Disponível em: <<http://portalexame.abril.com.br/revista/exame/s/sumario0927.html>>. Acesso em: 10/03/2009.

<sup>2</sup> Revista Exame – Edição 928, de 02/10/2008. Disponível em: <<http://portalexame.abril.com.br/revista/exame/s/sumario0928.html>>. Acesso em: 10/03/2009.

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://portalexame.abril.uol.com.br/agencias/reuters/reuters-negocios/detail/economia-global-se-contraira-grande-recessao-diz-fmi-305037.shtml>> Acesso em: 10/03/2009.

tenção das bases contratuais, no tocante ao preço, causaria um prejuízo insuportável aos seus interesses.

Mas somente a variação cambial não é capaz de justificar e permitir a revisão dos contratos administrativos, como se poderá perceber no desenvolvimento deste trabalho.

## 1 A equação econômico-financeira: disposições constitucionais e legais

Em verdade, os contratos, inclusive os administrativos, apresentam uma equação econômico-financeira, entendida em síntese como a manutenção das condições originalmente pactuadas durante o período de execução do contrato.

Essa equação “é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá,”<sup>4</sup> a qual deverá permanecer em equilíbrio.

Esse equilíbrio é assegurado ao contratado e se constitui, ao lado das cláusulas exorbitantes, como viga-mestra do Direito Administrativo, segundo Fernandes.<sup>5</sup>

Nesse sentido, deve permanecer constante, para os signatários, a relação entre os encargos e os benefícios auferidos.

Essa questão ganha matiz constitucional, uma vez que o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna<sup>6</sup> apresenta a obrigatoriedade de as contratações efetuadas pela Administração Pública submeterem-se ao processo de licitação, assegurando-se aos pagamentos decorrentes as condições efetivas da proposta.

Referido dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº. 8.666/93, da qual se destacam diversos pontos que procuram garantir, nos contratos administrativos, a manutenção das condições efetivas da proposta.

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.603.

<sup>5</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 6.ed. Belo horizonte: Fórum, 2007. p.67.

<sup>6</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:  
[...]

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. (gn)

O primeiro desses pontos encontra-se no art. 55, inciso III, e que, combinado com o art. 40, inciso XI, institui o que os doutrinadores denominam de reajuste do valor inflacionário nos custos da produção, devendo estar previsto no contrato.

Por fim, o art. 65, II, "d", disciplina as hipóteses de recomposição ou revisão quando necessário o restabelecimento do equilíbrio contratual em situações que decorram de álea extraordinária, independentemente de previsão em edital e contrato. Confira-se:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Observa-se, portanto, que a Lei 8.666/93 prevê diversas situações que podem levar à modificação da equação econômico-financeira do contrato. Algumas dessas situações, pode-se dizer, são decorrentes de álea ordinária e outras de álea extraordinária.

## **2 A equação econômico financeira: disposições doutrinárias e jurisprudenciais**

Para Guimarães,<sup>7</sup> é costumeiro, no exame do âmbito de proteção da equação econômico-financeira do contrato administrativo, contrapor a existência de uma álea ordinária (caracterizando-se como o risco ordinário e previsível suportado pelos contraentes) à de uma álea extraordinária (envolvendo riscos imprevisíveis). Diz-se que os eventos reconduzíveis à álea ordinária que provocarem o rompimento na equação econômico-financeira do contrato não se constituirão pressupostos aptos a impor o dever jurídico da Administração em ressarcir os prejuízos verificados. Sendo previsíveis os riscos, não há que se falar

<sup>7</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A recomposição de preços nos contratos administrativos gerais por elevação imprevisível no custo de insumos. *In*. ILC - Informativo de Licitações e Contratos. Revista Zênite. Ed. 144/fev. 2006, p.162.

em responsabilização administrativa quanto à recomposição da equação econômico-financeira.

Para o mesmo autor, as situações decorrentes de álea extraordinária compreenderiam eventos hábeis a, produzindo desbalanceamento na equação financeira, sujeitar a Administração ao dever jurídico de sua recomposição. Abrange tanto agravos econômicos sofridos pelo contratado a propósito de conduta da Administração Pública (álea administrativa), como circunstâncias externas ao contrato, caracterizáveis como fatos imprevisos e imprevisíveis ao tempo da celebração contratual, hábeis a provocar desequilíbrio econômico na esfera do pacto (álea econômica).

Esses eventos decorrentes de álea extraordinária, capazes de desbalancear a equação econômico-financeira do contrato, originam-se de modificação unilateral do contrato pela Administração; de fato da Administração, assim considerado aquele praticado pela Administração enquanto contratante e que desequilibre o contrato; de fato do príncipe ou álea administrativa, ato praticado pelo poder público de caráter geral, e não em decorrência de ser parte de contrato; e de fatos imprevisíveis, involuntários e exteriores ao domínio da Administração, hábeis a provocar o rompimento da equação, que caracterizam a álea econômica.

Para o TCU - Tribunal de Contas da União,<sup>8</sup> nas hipóteses previstas em lei, é possível à Administração, mediante acordo com o contratado, re-estabelecer o equilíbrio econômico financeiro do contrato, o qual se justifica nas seguintes ocorrências: fato imprevisível, ou previsível, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do que foi contratado; caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica (probabilidade de perda concomitante à probabilidade de lucro) extraordinária e extracontratual.

Nesse sentido encontra-se o Acórdão 297/2005 – Plenário,<sup>9</sup> daquela Corte:

Observe o disposto na Lei 8.666/1993, evitando o aditamento de contratos com base em evento não previsto na referida Lei (art. 65), lembrando que as alterações contratuais podem ocorrer, dentre outros motivos, para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis,

<sup>8</sup> BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações básicas. 3.ed. Rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006, p.286.

<sup>9</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portal de pesquisa textual** [Decisões e Acórdãos do TCU]. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em 10.03.2009.

retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, e que qualquer superveniência de fatos, tributários e/ou legais, de comprovada repercussão nos preços contratados, poderá implicar na revisão dos contratos, para mais ou para menos, consoante inciso II, alínea, “d”, c/c § 5º, do art. 65 da mencionada Lei.

Dessa forma, verifica-se que nosso ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência adotam a teoria da imprevisão, ou da cláusula *rebus sic stantibus*; cumpre-se o contrato se as coisas se conservarem da maneira como foram estipuladas.

Vejamos, em abalizadas palavras de Mello, a síntese da questão:

No que atina aos aspectos relacionados com o equilíbrio financeiro pactuado, procede recolher fundamentalmente as seguintes ideias, de curso corrente e moente no seio de boa fonte doutrinária e jurisprudencial.

A equação econômico-financeira é um direito do contratante particular e não lhe pode nem lhe deve ser negado o integral respeito a ela.

A Administração há de atuar com boa-fé nos chamados contratos administrativos, pelo quê, conforme a citada lição de Gordillo, não lhe calha valer-se de expedientes pelos quais se “aproveite de situações legais ou fáticas que a favoreçam em prejuízo do contratante”, vez que não está envolvida em negócio lucrativo, mas na busca do interesse público.

As avenças entre Administração e particular, nominadas contratos administrativos, fazem deste último um colaborador do Poder Público ao qual não deve ser pago o mínimo possível, mas o normal, donde caber-lhe valor real estipulado no contrato ao tempo do ajuste.

As partes, ao se obrigarem, fazem-no *rebus sic stantibus*, de tal sorte que as alterações profundas nas situações de fato não podem ser desconhecidas pelo Direito, reclamando, por isso, a adequada compensação para que as prestações continuem equilibradas em função do ajuste inicial.<sup>10</sup>

Referido autor conclui que, se e quando os índices aludidos no contrato discreparem *in concreto* da realidade, frustrando, assim, como instrumento de verificação, o que se pretendia verificar, insta apurar objetivamente a verdadeira elevação ocorrida, para reajustar os preços mediante padrões capazes de manter íntegra a equação econômico-financeira prevista.

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2006. p.620-1.

### 3 A equação econômico-financeira no caso de desvalorização do real frente ao dólar americano

Especificamente em relação à desvalorização do real frente ao dólar americano, alguns autores a reconhecem expressamente como causa inserta na teoria da imprevisão, portanto, a desequilibrar a equação econômico-financeira do contrato.

Para Justen Filho, a Lei instituidora do Plano Real tratou de impedir que bens e serviços produzidos e comercializados no Brasil tivessem seus preços vinculados ou indexados à moeda estrangeira. Não obstante, para o mesmo autor, diversa será a situação quando o adimplemento da prestação contratada pressupuser operação de internalização de bem ou serviço oriundo de estrangeiro. Continua:

Nesse caso, a formação dos custos do particular compreende insumo cujo pagamento se faz em moeda estrangeira. Isso envolve a necessidade de o particular desembolsar efetivamente recursos nacionais suficientes para adquirir a moeda estrangeira, instrumento de satisfação da obrigação assumida. Então a variação cambial corresponderá a um custo formador do preço praticado pelo particular – tal como qualquer outro custo. Assim, a variação extraordinária e imprevisível do preço da energia, por exemplo, o mesmo poderá concretizar-se no tocante ao câmbio. A única diferença reside num interesse estatal de evitar que a variação cambial se reflita na variação dos preços internos – mas esse interesse pode ser prestigiado até certo limite. Mais precisamente, se for consagrada a concepção de que a teoria da intangibilidade da equação econômico-financeira não abrange custos em moeda estrangeira, o resultado prático será a impossibilidade de acesso da Administração Pública a bens que envolvam custos dessa ordem.<sup>11</sup>

Furtado<sup>12</sup> admite a recomposição do valor do contrato em face da exagerada desvalorização do real frente ao dólar, nos casos em que essa seja a moeda a ser utilizada por aquele que contratou com a Administração para pagar a seu fornecedor no exterior. De outra parte, afirma que pequenas desvalorizações da moeda nacional, que normalmente ocorrem no mercado, não devem ser utilizadas para o aumento do valor do contrato com a Administração Pública.

Ademais, reconheceu o STJ que a súbita desvalorização do real ocorrida em 1999 insere-se na teoria da imprevisão motivadora de

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11.ed. São Paulo: Dialética, 2005. p.548

<sup>12</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.612-3.

restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Confira-se:

Contrato administrativo. Equação econômico-financeira do vínculo. Desvalorização do Real. Janeiro de 1999. Alteração de cláusula referente ao preço. Aplicação da *teoria da imprevisão e fato do príncipe*. 1. A novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, d, 88 § 5º e 6º, da Lei 8.666/93). Deveras, a Constituição Federal ao inculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula *mater* da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as “condições efetivas da proposta”. 2. O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes. 3. Rompimento abrupto da equação econômico-financeira do contrato. Impossibilidade de início da execução com a prevenção de danos maiores. (*ad impossibilia memo tenetur*). 4. Prevendo a lei a possibilidade de suspensão do cumprimento do contrato pela verificação da *exceptio non adimplet contractus* imputável à administração, *a fortiori*, implica admitir sustar-se o “início da execução”, quando desde logo verificável a incidência da “imprevisão” ocorrente no interregno em que a administração postergou os trabalhos. Sanção injustamente aplicável ao contratado, removida pelo provimento do recurso. 5. Recurso Ordinário provido. (STJ, RMS 15154/PE, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2002/0089807-4, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, data do julgamento: 19.11.2002, DJ de 02.12.2002, RSTJ vol. 174 p. 133).

Dessa forma, ao tempo em que se reconhece juridicamente a possibilidade de re-equilíbrio do contrato com base na desvalorização da moeda, também se reconhece que não basta verificar simplesmente a ocorrência da variação do dólar. Os pedidos de revisão devem ser analisados com cuidado e restar devidamente comprovado, de forma objetiva:

- a) tratar-se de fato imprevisível, ou previsível, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do que foi contratado;
- b) a variação no preço dos insumos;
- c) correspondente relação de causalidade com a oneração do custo do contrato.



Nesse sentido os Acórdãos nº. 1722/05 – Plenário, 1798/05 Plenário e o Acórdão nº. 7/2007 da Primeira Câmara, todos do Tribunal de Contas da União, representam importantes precedentes sobre a necessidade de comprovação objetiva dos requisitos legais. Para se autorizar qualquer re-equilíbrio de contrato administrativo em função de desvalorização da moeda brasileira.

O Acórdão nº. 1.722/05 determina que a autorização da adoção do re-equilíbrio se dê somente diante da apresentação pela contratada de plano de custos detalhados do serviço do objeto do requerimento e da comprovação da aplicabilidade dos índices solicitados, além da comprovação dos pressupostos previstos no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993.

Na mesma linha, o Acórdão nº. 7/2007 determina que, em casos de recomposição de preços motivada por ocorrência de fato comprovadamente imprevisível, deve constar do processo análise fundamentada e criteriosa sobre o ocorrido, a fim de ficar caracterizado como extraordinário e extracontratual quanto à sua ocorrência e/ou quanto aos seus efeitos, sendo que o descumprimento de critérios estabelecidos em lei, com consequências desfavoráveis à administração pública, e o pagamento de complementos de reajustes indevidos geram a obrigação de ressarcir o erário.

Por sua vez, no Acórdão nº 1798/05, o TCU reconheceu que a alta do dólar, naquele caso, não se enquadrava em nenhum dos dispositivos legais a autorizarem o re-equilíbrio, posto não se estar diante de fato imprevisível ou de fato previsível, porém de consequências incalculáveis; ou de fato que tenha retardado ou impedido a execução do objeto do contrato; além de não se ter demonstrado relação direta entre a alta do dólar e o custo dos equipamentos então adquiridos.

Verifica-se, pois, que a complexidade encontra-se na demonstração dos impactos decorrentes da variação da moeda nos custos do contrato, não devendo a Administração restringir-se à documentação apresentada pela contratada. De outra parte, poderá o administrador valer-se da realização de pesquisa de mercado que, em última análise, sinalizará o impacto dessa variação no custo dos produtos contratados.

## Conclusão

Por disposição constitucional, legal, doutrinária e jurisprudencial é possível ao Administrador proceder ao re-equilíbrio econômico-financeiro de um contrato em função de desvalorização da moeda nacional frente a outras moedas, inclusive frente ao dólar americano.

Não obstante, deverá comprovar que se está diante de fato imprevisível, ou previsível, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do que foi contratado; que o impacto econômico-financeiro desse fato produziu a quebra do equilíbrio do contrato, a ponto de reclamar sua elevação, de forma a manter inalteradas as condições originalmente pactuadas durante o período de execução do contrato.

Ademais, o simples repasse da variação da moeda estrangeira aos preços pagos pela Administração Pública, sem as cautelas mencionadas, poderá gerar o pagamento de complementos de reajustes indevidos e conseqüentemente a obrigação de ressarcir o erário, sem falar na contribuição para o aprofundamento da crise estampada nas manchetes veiculadas pela mídia especializada e trazer de volta ao país os indesejáveis efeitos da inércia inflacionária.

## Referências

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos:** orientações básicas. 3.ed. Ver. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006, p.286.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portal de pesquisa textual** [Decisões e Acórdãos do TCU]. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em 10.03.2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação.** 6.ed. Belo horizonte: Fórum, 2007, p.67.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 11.ed. São Paulo: Dialética, 2005, p.548.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.612 e 613.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. "A recomposição de preços nos contratos administrativos gerais por elevação imprevisível no custo de insumos." *In. ILC* - Informativo de Licitações e Contratos. Revista Zênite. Ed. 144/FEV 2006. p.162.

<http://portalexame.abril.uol.com.br/agencias/reuters/reuters-negocios/detail/economia-global-se-contraira-grande-recessao-diz-fmi-305037.shtml>, 10/03/2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.603.

Revista Exame – Edição 927, de 17/09/2008. Disponível em: <<http://portalexame.abril.com.br/revista/exame/s/sumario0927.html>> Acesso em: 10/03/2009.

Revista Exame – Edição 928. de 02/10/2008. Disponível em: <<http://portalexame.abril.com.br/revista/exame/s/sumario0928.html>> Acesso em: 10/03/2009.

# A responsabilidade civil do proprietário do terreno na atividade de incorporação imobiliária

**Luciana Buksztejn Gomes**

*Advogada da Caixa no Rio Grande do Sul  
Especialista em Direito Imobiliário*

## RESUMO

Este trabalho trata da responsabilidade civil do proprietário do terreno na atividade de incorporação imobiliária. É comum, nestes casos, o pagamento do terreno através de área a ser construída no local. Nesses casos, poderá o proprietário do terreno ser equiparado ao incorporador, desde que aliene fração ideal antes de concluído o empreendimento; se, no entanto, não vender ou prometer vender, reservando para si as unidades a serem construídas, não será equiparado e assim não terá responsabilidade. Em sendo equiparado ao incorporador, o tipo de responsabilidade que caberia ao permutante do terreno seria objetiva, mas o entendimento não é pacífico. Ao mesmo tempo, pela natureza da atividade de incorporação, é aplicável o Código de Defesa do Consumidor à atividade, sendo esta posição majoritária. Dependendo do caso, o permutante do terreno pode ter responsabilidade objetiva e subjetiva.

Palavras-chave: Incorporação imobiliária. Responsabilidade. Código de Defesa do Consumidor. Promessa de compra e venda.

## ABSTRACT

This essay is about the legal responsibility of the ground's owner at the activity of real estate incorporation. It's usual, in these cases, the ground's payment through the area to be built on the site. In these cases, the ground's owner can be assimilated to the developer, provided that the ideal fraction is alienated before the enterprise is completed; however, if it doesn't sell or promises to sell, booking to itself the unities to be built, it won't be assimilated, and therefore, it won't be responsible for it. Being assimilated to the developer, the kind of responsibility that it is for the exchanger of the ground it would be objective, but the understanding is not peaceful. At the same time, by the nature of the incorporation activity, the Consumer Protection Code is applicable to the activity, being this majority position. Depending on the case, the exchanger of the ground can have objective and subjective responsibility.

Keywords: Real estate incorporation. Developer. Responsibility. Consumer Protection Code. Ground's owner. Promise to purchase and sale.

## Introdução

Uma das formas de verificar o crescimento das cidades é através do fortalecimento da construção civil e das obras realizadas. Junto com o referido crescimento, surgem, como não poderia deixar de ser, cada vez mais ações judiciais referentes à temática e, especialmente, com relação às incorporações imobiliárias.

A atividade de incorporação imobiliária, levada a termo pelo incorporador, é regulada pela Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que, neste estudo, será chamada abreviadamente de LCI. Referido diploma legal tipificou o contrato de incorporação imobiliária e atua até os dias de hoje com o objetivo de equilibrar a relação contratual entre adquirente e incorporador.

Importante esclarecer que, com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002, a matéria relacionada aos condomínios edilícios sofreu inovações, o que não ocorreu com a atividade de incorporação imobiliária, que continua sendo regulada pelo título II da referida Lei de 1964.

Nos termos do disposto no parágrafo único do artigo 28, da mencionada lei, “considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”.

A incorporação imobiliária coloca no mercado um produto futuro, ainda não existente faticamente, através do movimento, junto ao serviço de Registro de Imóveis competente, do projeto aprovado pela Municipalidade, além de todos os documentos elencados pelo art. 32 da Lei acima mencionada. Com o registro da incorporação, o incorporador vende as futuras unidades que serão construídas e, com os valores pagos pelos adquirentes, vai construindo o empreendimento. Se o produto não tem uma boa aceitação no mercado e não há pessoas suficientes interessadas na obra, poderá o incorporador desistir da mesma. É o que a Lei chama de prazo de carência.<sup>1</sup>

Surge daí uma discussão: quando a incorporação será efetivada? Se for vendida apenas uma unidade, será considerada efetivada a incorporação? Parece-nos que a resposta vai depender de cada caso e do bom senso das partes envolvidas. Se, num empreendi-

<sup>1</sup> O art. 34 e parágrafos da LCI estabelece: “O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento”.

mento de cento e vinte unidades, forem vendidas dez, este pequeno número, comparado à totalidade das unidades, nos levaria a dizer que a incorporação não se efetivou; no entanto, se quarenta unidades são vendidas, diríamos que há a efetivação da incorporação. Para evitar futuros litígios sobre o assunto, uma forma seria clausular, no contrato de compra e venda, quando a incorporação é considerada efetivada e estabelecer, para aquele empreendimento, um conceito geral que alerte o adquirente para essa situação (embora nos pareça não seja de interesse do incorporador fazer este alerta). Sobre este assunto, a jurisprudência não é pacífica. Trataremos do assunto em outro momento.

Ao definir a incorporação imobiliária, Pontes de Miranda explica:

O que caracteriza, portanto, a incorporação é a *finalidade* do negócio jurídico, não a *composição subjetiva dele*. Tanto incorpora o que anuncia, com o terreno e o plano de construção, a futura *divisão do edifício* (já feito ou a fazer-se) de dois, ou mais andares, em apartamentos [...], quanto aquele que não tem terreno, anuncia o plano, munido de opção de compra, e recebe as prestações dos futuros adquirentes para adquirir o terreno e iniciar a construção.<sup>2</sup>

Ao abordar algumas noções introdutórias sobre a incorporação imobiliária, Chalub esclarece que o termo inicial da mesma é a data do registro junto ao Ofício Imobiliário e o termo final é a data da averbação da construção. Ensina que a incorporação tem por objetivo “a produção de edificações coletivas compostas por unidades imobiliárias autônomas” e que a causa do negócio é “a formação de direito de propriedade sobre edificação coletiva, em frações ideais.”<sup>3</sup>

Preocupou-se, ainda, o legislador de 1964 em conceituar a figura do incorporador estabelecendo, no artigo 29 da Lei 4.591/64, o seguinte:

Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação

<sup>2</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. v. XII. p.208.

<sup>3</sup> CHALUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.138.

de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

Parágrafo único. Presume-se a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção, respondendo o alienante como incorporador.”

O mesmo diploma legal, em seu artigo 31, definiu quem pode ser incorporador, senão vejamos:

A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser: a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea a do art. 32; b) o construtor (Decreto número 23.569, de 11-12-33, e 3.995, de 31 de dezembro de 1941, e Decreto-lei número 8.620, de 10 de janeiro de 1946) ou corretor de imóveis (Lei nº 4.116, de 27-8-62).

Interessante atentar à possibilidade do construtor ou corretor de imóveis figurarem como incorporadores. O parágrafo primeiro do art. 31 estabelece:

Art. 31 § 1º - No caso da alínea b, o incorporador será investido, pelo proprietário de terreno, o promitente comprador e cessionário deste ou o promitente cessionário, de mandato outorgado por instrumento público, onde se faça menção expressa desta Lei e se transcreva o disposto no § 4º, do art. 35, para concluir todos os negócios tendentes à alienação das frações ideais de terreno, mas se obrigará pessoalmente pelos atos que praticar na qualidade de incorporador.

Pereira ensina que, para a LCI, podem ser incorporadores três pessoas: o proprietário do terreno, o promitente comprador, a ele equiparado, e o cessionário deste ou promitente cessionário.<sup>4</sup>

Quanto ao proprietário, explica que seu título já lhe permite a plena disponibilidade da coisa. No entanto, com relação ao promitente comprador e aos que se sub-rogam em seus direitos (cessionário ou promitente cessionário) a lei coloca condições especiais a fim de garantir a segurança, conforme disposto no art.32: irrevogabilidade e irretratabilidade, imissão imediata do promitente

<sup>4</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Condomínio e Incorporação**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.253.

comprador na posse, possibilidade de alienação do imóvel em frações ideais, consentimento para demolição e construção e, finalmente, a inscrição no Registro de Imóveis.

O art. 31 também define que o construtor poderá ser o incorporador, o que, para Caio Mario, será possível quando este fizer da edificação uma atividade disciplinada e devidamente licenciada. Da mesma forma, poderá o corretor de imóveis exercer o papel de incorporador, sempre que devidamente matriculado.

Ensina ainda o doutrinador que, quando o incorporador for um construtor ou corretor de imóveis, receberá, do proprietário do terreno, procuração por instrumento público, conforme estabelecido no art.35, §4º.

Ao comentar o artigo 29 da Lei de Condomínios e Incorporações, Schmidt esclarece que seu parágrafo único é “coerente com o espírito e a letra da lei de que nenhuma incorporação pode se realizar sem que exista pelo menos um incorporador responsável [...] podendo envolver inclusive o proprietário que não deseja ser mais do que mero alienante do terreno.[...] Não havendo incorporador ostensivamente declarado, como no caso de não estar ainda registrada a incorporação por falta de projeto aprovado – diz a LCI que responderá o alienante do terreno como incorporador.”<sup>5</sup>

Pela leitura do acima exposto, o alienante do terreno só responderia como incorporador se não estabelecida com clareza a figura do incorporador. No entanto, esse entendimento não é unânime e será melhor estudado nos próximos capítulos deste trabalho.

Define o mesmo autor a figura do incorporador, em síntese, como pessoa física, jurídica, comerciante ou não, e que, por ter tratamento similar ao de uma empresa individual (e sofrer as consequências disso), o incorporador pessoa física “é espécime em extinção”. Acrescenta que é pessoa que vende ou promete vender frações ideais de terreno vinculadas à futura unidade autônoma e que pode agir como intermediário, não necessariamente o que efetua a construção e vende o terreno.<sup>6</sup>

É comum, na atividade de incorporação imobiliária, que o pagamento do terreno, sobre o qual será erigido o empreendimento, seja feito em área construída. Tal modalidade se materializa com a celebração de contrato de promessa de compra e venda, no qual o proprietário do terreno se reserva uma fração ideal do que corresponderá às unidades autônomas que futuramente lhe serão dadas em pagamento.

<sup>5</sup> SCHMITD, Francisco Arnaldo. **Incorporação Imobiliária**. 2.ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2006. p.30.

<sup>6</sup> SCHMITD, 2006. p.29.

Nesta hipótese, duas situações podem ocorrer: 1) o adquirente comprou sua unidade diretamente do proprietário do terreno (que recebeu suas unidades como pagamento da venda do terreno, mediante área construída) ou 2) o adquirente comprou do incorporador, desconhecendo a figura do proprietário. Pretendemos, neste estudo, em ambos os casos, verificar se o alienante do terreno tem responsabilidade pelos negócios acima referidos, bem como nos preocuparemos em caracterizar tal responsabilidade como sendo objetiva ou subjetiva.

Antes, porém, interessante justificar a motivação desta questão.

Na prática, tivemos um caso em que o proprietário do terreno recebeu como pagamento área a ser construída, mas a construtora faliu. Ele nos consultou sobre a possibilidade de ser demandado, e ao estudarmos as possibilidades dessa demanda, percebemos que se ele fosse equiparado ao incorporador, correria o risco de ter de indenizar.

Diante dessas questões, o trabalho será dividido em dois capítulos: no primeiro, verificaremos se há responsabilidade do alienante do terreno pela atividade de incorporação imobiliária e, no segundo, se referida responsabilidade é objetiva ou subjetiva, se equiparado o proprietário do terreno ao incorporador.

Em razão do Código de Defesa do Consumidor, que chamaremos abreviadamente de CDC, o adquirente da unidade autônoma, objeto da incorporação imobiliária, recebeu maior proteção legal. Como a Lei das Incorporações data de 1964 e, posteriormente, surgiu o CDC, bem como foi promulgado um Novo Código Civil e levando-se em conta as peculiaridades de cada caso, é imprescindível, para melhor compreensão desse estudo, a análise de alguns julgados.

## **1 A responsabilidade civil do proprietário do terreno na atividade de incorporação imobiliária**

Ao longo do tempo, verificou-se grande evolução na responsabilidade do incorporador. Inicialmente, proclamava-se sua total irresponsabilidade. Em 1944, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal equiparou o incorporador ao corretor de imóveis, acrescentando que nenhuma responsabilidade lhe advinha dos contratos que firmava, por traduzirem simples promessas.<sup>7</sup>

O artigo 29 da LCI, ao conceituar a figura do incorporador, coloca a existência da solidariedade entre os que assumem essa posição. Assim, em sendo o proprietário do terreno o incorporador,

<sup>7</sup> PEREIRA. **Incorporações Imobiliárias**. 2.ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2006. p.154.



responderá este pela conclusão, qualidade e solidez da obra; no entanto, sendo o incorporador pessoa diversa do proprietário do terreno, mas, recebendo este pagamento em área construída, poder-se-ia dizer que, no caso de alienarem frações ideais antes da conclusão da obra, ambos agem como incorporadores.

Há também entendimento no sentido de que o proprietário do terreno possa ser responsabilizado quando alienar frações antes da conclusão da obra, tendo de indenizar os demais adquirentes pela inexecução da obra. Assim, este capítulo buscará verificar se há responsabilidade do proprietário do terreno quando se reserva fração ideal, nos chamados contratos de promessa de compra e venda com pagamento em área construída.

### **1.1 Equiparação do proprietário ao incorporador de acordo com a Lei 4.591/64**

Trabalhando com a primeira hipótese levantada, isto é, o adquirente comprou sua unidade diretamente do proprietário do terreno (que recebeu unidades como pagamento da venda do terreno, mediante área construída), podemos traçar algumas considerações.

Pereira explica que:

A vinculação entre as frações ideais de terreno e o negócio jurídico da construção presume-se desde o momento da venda ou da promessa de venda, ou da cessão, uma vez que o projeto do edifício esteja aprovado ou meramente requerida a aprovação e pendência de despacho de autoridade administrativa (art.29, parágrafo único, da Lei 4591/64).

[...]

É importante determinar-se, porque a vinculação gera a responsabilidade do alienante (tomada aqui a palavra em sentido amplo de vendedor, ou promitente vendedor, ou cedente) como incorporador da edificação em perspectiva. Tal como sustentamos em doutrina (...) para a nova lei a qualidade de incorporador estende-se ao proprietário ou adquirente do terreno, que promova a edificação destinada à utilização condominial, uma vez que exponha, total ou parcialmente à venda, antes da conclusão das obras (art.30).

[...]

Quem constrói para si mesmo não é incorporador. Nele se converte, porém, desde o momento que exponha à venda as unidades vinculadas à fração ideal, antes da conclusão do edifício.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> PEREIRA. 2001. p.249.

A Lei 4.591/64, entre os artigos 29 e 31, estabelece que pode o proprietário do terreno ser incorporador.

Art. 30: Estende-se a condição de incorporador aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contraem a construção de edifícios que se destinem à constituição em condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras.

O artigo supra refere que quando a alienação for feita antes da conclusão das obras, poderá o proprietário do terreno ser equiparado ao incorporador. Entre diversos fundamentos para justificar esse dispositivo, a nosso ver, poderíamos destacar os seguintes.

A atividade de incorporação tem por finalidade o lucro, a venda de coisa futura, tanto é que se o projeto não tiver a adesão dos futuros adquirentes, poderá haver a desistência da incorporação. Portanto, para ser incorporador um dos requisitos é a obtenção do lucro.

Nessa esteira, se há incorporação, mas o proprietário do terreno não vende fração ideal do que vai corresponder à sua área, não poderia ser equiparado ao incorporador, segundo mencionado artigo; já se vendesse respectivas frações, poderia ser equiparado.

O certo é que se não há incorporador, o proprietário do terreno que vende futuras unidades responde pelos danos causados. Assim, a responsabilidade do proprietário alienante de unidade autônoma, existindo incorporador, é uma hipótese levantada neste estudo e ventilada em alguns julgados.

Ensina Pereira, ao comentar o artigo 30 supra mencionado, que, sendo a incorporação atividade empresarial, visa ao lucro; assim, quem constrói para si mesmo, ainda que seja um edifício, não é incorporador, mas desde o momento em que coloca à venda as unidades vinculadas às frações ideais, antes da conclusão do prédio – visando ao lucro – poderia ser equiparado ao incorporador.<sup>9</sup>

Para o doutrinador, a figura do incorporador deve-se à proliferação de edifícios em todas as grandes cidades. Observa o autor que, muitas vezes, ele é corretor, mandatário, gestor de negócios, industrial da construção, banqueiro-financiador e que, por criação do direito moderno e um novo conceito de empresa, o incorporador é empresa. Justifica sua tese, em linhas gerais, em virtude de: a) exercício de uma atividade econômica; b) profissionalismo; c) organização dos fatores de produção, bens e trabalho e conclui que “toda pessoa, natural ou jurídica, que organiza uma atividade eco-

<sup>9</sup> PEREIRA. 2001. p.249.

conomicamente estável, e teoricamente produtiva, tomando a si os riscos respectivos, constitui uma empresa.”<sup>10</sup>

Pela abordagem de Pereira, se os titulares do terreno alienassem as frações que iriam receber (antes de prontas) poderiam ser equiparados ao incorporador, nos termos do art. 30, parte final “sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras.”<sup>11</sup>

Chalub explica que:

pode o incorporador torna-se titular dos direitos aquisitivos sobre o terreno mediante promessa de compra e venda, com pagamento parcelado, incumbindo-se ele mesmo da construção, sem tomar financiamento para construir; nesse caso, serão sujeitos do negócio jurídico (a) o proprietário do terreno (que, no caso, é quem está legitimado a transmitir ao adquirente o domínio sobre a fração ideal do terreno), (b) o incorporador (na qualidade de incorporador e, também, na qualidade de cedente dos direitos aquisitivos sobre a fração ideal do terreno) e (c) o adquirente.<sup>12</sup>

Conclui dizendo que seriam partes o incorporador, o proprietário do terreno, o adquirente e o construtor.

Quanto ao dever de fiscalização do que foi assumido pelo incorporador, Pereira sugere que seja assumido pelas autoridades administrativas locais e Conselhos Regionais de Engenharia e Arquitetura.<sup>13</sup> Diante do questionamento sobre se os titulares do terreno também não teriam o dever de fiscalizar a obra, o próprio autor explica que, se a obra for paralisada por mais de 30 dias ou houver retardamento excessivo, podem os condôminos promover a destituição do incorporador (conforme estabelecido no art. 43<sup>14</sup> da Lei 4591/64).

<sup>10</sup> PEREIRA. **Propriedade horizontal**. São Paulo: Forense, 1961. p.151.

<sup>11</sup> PEREIRA. 2001. p.249.

<sup>12</sup> PEREIRA. 2006. p.148.

<sup>13</sup> PEREIRA. 2001. p.257.

<sup>14</sup> Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas:

I - informar obrigatoriamente aos adquirentes, por escrito, no mínimo de seis em seis meses, o estado da obra;

II - responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras, cabendo-lhe ação regressiva contra o construtor, se for o caso e se a este couber a culpa;

III - em caso de falência do incorporador, pessoa física ou jurídica, e não ser possível à maioria prosseguir na construção das edificações, os subscritores ou candidatos à aquisição de unidades serão credores privilegiados pelas quantias

No caso de falha na execução da obra, haverá prejuízo para todos aqueles que ingressaram no negócio, seja como proprietário do terreno, seja como adquirente da fração ideal correspondente à futura unidade autônoma.

Já na segunda hipótese, qual seja, se o adquirente comprou do incorporador, desconhecendo a figura do proprietário, pensamos que não pode haver equiparação do proprietário ao incorporador, pelas razões que serão expostas a seguir.

Em primeiro lugar, sabemos que o incorporador deve promover a construção do edifício (ainda que não seja o construtor, deverá organizar o trabalho e fiscalizar que o empreendimento seja feito dentro das condições acordadas), isto é, deve assumir a iniciativa pelo empreendimento. O proprietário do terreno, que vai receber em pagamento área construída, não se encarregará de organizar e coordenar os trabalhos, e, ao invés de receber o pagamento em dinheiro, aceitou ser pago mediante área construída.

---

que houverem pago ao incorporador, respondendo subsidiariamente os bens pessoais deste;

IV - é vedado ao incorporador alterar o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, modificar as especificações, ou desviar-se do plano da construção, salvo autorização unânime dos interessados ou exigência legal;

V - não poderá modificar as condições de pagamento nem reajustar o preço das unidades, ainda no caso de elevação dos preços dos materiais e da mão-de-obra, salvo se tiver sido expressamente ajustada a faculdade de reajustamento, procedendo-se, então, nas condições estipuladas;

VI - se o incorporador, sem justa causa devidamente comprovada, paralisar as obras por mais de 30 dias, ou retardar-lhes excessivamente o andamento, poderá o Juiz notificá-lo para que no prazo mínimo de 30 dias as reinicie ou torne a dar-lhes o andamento normal. Desatendida a notificação, poderá o incorporador ser destituído pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal que couber, sujeito à cobrança executiva das importâncias comprovadamente devidas, facultando-se aos interessados prosseguir na obra.

VII - em caso de insolvência do incorporador que tiver optado pelo regime da afetação e não sendo possível à maioria prosseguir na construção, a assembleia geral poderá, pelo voto de 2/3 (dois terços) dos adquirentes, deliberar pela venda do terreno, das acessões e demais bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação, mediante leilão ou outra forma que estabelecer, distribuindo entre si, na proporção dos recursos que comprovadamente tiverem aportado, o resultado líquido da venda, depois de pagas as dívidas do patrimônio de afetação e deduzido e entregue ao proprietário do terreno a quantia que lhe couber, nos termos do art. 40; não se obtendo, na venda, a reposição dos aportes efetivados pelos adquirentes, reajustada na forma da lei e de acordo com os critérios do contrato celebrado com o incorporador, os adquirentes serão credores privilegiados pelos valores da diferença não re-embolsada, respondendo subsidiariamente os bens pessoais do incorporador.

É certo que o proprietário deve escolher bem quem irá incorporar sobre o terreno e fiscalizar o andamento das obrigações assumidas, mas ele não tem como prever se, eventualmente, a empresa falir.

Uma medida para preservar a segurança da incorporação, está prevista na LCI, a partir do art. 31- A, que faculta ao incorporador a utilização do patrimônio de afetação. Referido artigo estabelece:

Art. 31- A - A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

A seguir, o art. 31 – B que dispõe:

Considera-se constituído o patrimônio de afetação mediante averbação, a qualquer tempo, no Registro de Imóveis, de termo firmado pelo incorporador e, quando for o caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno.

O pagamento em área construída, sem dúvida, viabiliza diversos empreendimentos, que não seriam realizados caso o pagamento tivesse de ser em dinheiro, pois o lucro do incorporador seria bem menor. Assim, é preocupante a alegação de que o proprietário seria responsável mesmo no caso de não ter alienado diretamente aos adquirentes (segunda hipótese levantada), equiparando-se ao incorporador, pois essa posição, se dominante, poderá inibir os incorporadores e mesmo os proprietários de terreno a efetuarem esse tipo de negociação.

Nesse sentido, a decisão que segue:

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA - Aquisição do terreno com pagamento em unidades autônomas a serem construídas - Frustração do empreendimento, com resolução do contrato de alienação do terreno e consolidação da propriedade em nome do alienante. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Nulidade dos contratos, por ausência de registro da incorporação - Dever de restituição da totalidade das parcelas pagas e indenização por dano moral - Proprietário do terreno que o permutou mediante entrega de unidades futuras que não se equipara ao incorporador, de modo que não é devedor solidário da totalidade da indenização. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA - Aplicação do disposto

no artigo 40 da L. 4.591/64 - Obrigação do proprietário do terreno, que o recebeu de volta acrescido de acessão parcialmente construída, de pagar aos ex-titulares dos direitos de aquisição o valor da construção, que se subordina à possibilidade de se identificar a construção já feita com os pagamentos? No caso concreto, dos dezesseis blocos de apartamentos prometidos, há apenas o esqueleto de um deles - Impossibilidade de se afirmar que o bloco conteria as unidades a serem entregues aos autores - Ausência na lide dos demais adquirentes, que também teriam direito em tese à percepção de parte da indenização - Acessão abandonada de pequeno valor, em vista de seu estado e localização. Recurso improvido." (Apelação Cível TJ/SP nº 498.921.4/6-00).

No entanto, tal entendimento não é unânime, como se vê na decisão a seguir:

Incorporação. Ação visando ao reconhecimento da eficácia de transação havida entre condôminos e a incorporadora, cuja falência veio a ser decretada. Pretensão sucessiva de indenização contra os titulares do imóvel.

Coisa julgada. Rejeitada. Condôminos que devem ser considerados como assistentes litisconsorciais da construtora em anterior ação de reintegração de posse movida pelos titulares do imóvel. Alcance da decisão na lide possessória. Eficácia da transação, todavia, afastada em relação aos titulares do imóvel, que nela não intervieram.

Responsabilidade do titular do imóvel em face do fracasso do empreendimento. Circunstâncias do caso que revelam ter os promitentes vendedores do terreno reservado parte substancial do negócio para si (5 das 22 unidades), o que, já por si, sinalizava para a dificuldade de prosperar o projeto. Responsabilidade na escolha da construtora/ incorporadora. Boa fé objetiva. Quebra da construtora que exigia a conjunção de esforços no sentido da execução do empreendimento. Comportamento dos réus, no entanto, que evidenciou total desconsideração com aqueles que vieram a adquirir as unidades. Dever de fiscalização e controle do acompanhamento do empreendimento.

Código de defesa do consumidor. Equiparação do contrato de incorporação ao contrato de consumo. Imóvel tido como produto. Construção e comercialização que devem ser tidas como atividades inerentes à figura do fornecedor. Necessidade de proteção da economia popular. Indenização. Liquidação por arbitramento. Critérios. Necessidade de restituir, tanto quanto possível, as partes ao *status quo ante*. Equilíbrio entre elas. Limite global do dever de indenizar e baliza individual de cada condômino em seu direito à indenização. (Apelação Cível TJ/RS 70011440666).

Cabe salientar que este caso foge um pouco à regra comum, vez que o proprietário do terreno foi reintegrado na posse deste, em virtude da falência do incorporador. O Des. Arminio José Lima da Rosa, que acompanhou o revisor em seu voto, argumentou que os apelados (proprietários do terreno) inviabilizaram o empreendimento, pois das 22 unidades reservaram-se 5. Disse que, em regra, são inconfundíveis as responsabilidades do proprietário do terreno e do incorporador, mas que, neste caso específico, surge a responsabilidade solidária por ter o proprietário reservado para si 25% da área a ser construída, fazendo que o empreendimento restasse “*fadado ao insucesso já no nascedouro*”.

Ghezzi, ao comentar sobre o descumprimento dos deveres e obrigações do incorporador, salienta que, via de regra, “a incorporação se extingue pela sua execução, pelo distrato, pela impossibilidade decorrente de força maior ou caso fortuito, pela falência do incorporador ou pela inexecução culposa de uma das partes.”<sup>15</sup> Diante de uma dessas hipóteses podem os adquirentes resolver individualmente os negócios jurídicos firmados com o incorporador ou destitui-lo.

O art. 50 da Lei 4591 e seus parágrafos<sup>16</sup> estabelecem o conceito da comissão de representantes, órgão muito importante, como se verá a seguir. Define que:

Será designada no contrato de construção ou eleita em assembleia geral uma Comissão de Representantes composta de três membros, pelo menos, escolhidos en-

<sup>15</sup> GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.107.

<sup>16</sup> §1º Uma vez eleita a Comissão, cuja constituição se comprovará com a ata da assembleia, devidamente inscrita no Registro de Títulos e Documentos, esta ficará de pleno direito investida dos poderes necessários para exercer todas as atribuições e praticar todos os atos que esta Lei e o contrato de construção lhe deferirem, sem necessidade de instrumento especial outorgado pelos contratantes ou se for caso, pelos que se sub-rogarem nos direitos e obrigações destes.

§ 2º A assembleia geral poderá, pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes, alterar a composição da Comissão de Representantes e revogar qualquer de suas decisões, ressalvados os direitos de terceiros quanto aos efeitos já produzidos.

§ 3º Respeitados os limites constantes desta Lei, o contrato poderá discriminar as atribuições da Comissão e deverá dispor sobre os mandatos de seus membros, sua destituição e a forma de preenchimento das vagas eventuais, sendo lícita a estipulação de que o mandato conferido a qualquer membro, no caso de sub-rogação de seu contrato a terceiros, se tenha por transferido, de pleno direito, ao sub-rogatário, salvo se este não o aceitar.

§ 4º Nas incorporações em que o número de contratantes de unidades for igual ou inferior a 3, a totalidade deles exercerá, em conjunto as atribuições que esta Lei confere à Comissão, aplicando-se, no que couber, o disposto nos parágrafos anteriores.

tre os adquirentes, para representá-los perante o construtor ou, no caso do art. 43, ao incorporador, em tudo o que interessar ao bom andamento da incorporação, e, em especial, perante terceiros, para praticar os atos resultantes da aplicação dos arts. 31-A a 31-F”.

Para Francisco Arnaldo Schmidt, a finalidade da criação desta comissão é fiscalizar o andamento da obra e sua execução financeira. Salienta que o construtor e o incorporador devem prestar contas (pela praxe, de 6 em 6 meses) e que há julgados que entendem que, aprovadas as contas pela Comissão e insurgindo-se posteriormente algum condômino, este só poderá ajuizar ação contra os membros da Comissão e não contra o construtor.<sup>17</sup>

Pereira critica a previsão de que a Comissão pode ser “eleita em assembleia ou designada no contrato”. Expõe que, se ocorrer a segunda hipótese, pelo fato dos adquirentes ainda não se conhecerem e não terem ainda “sentido de comunidade”, poderá o incorporador fraudar a lei, colocando inclusive pessoas de sua confiança nesta comissão, já que os demais condôminos ainda não os conhecem. No entanto, o art. 50 da Lei veio a beneficiar os adquirentes, que participam das assembleias e se fazem representar por uma Comissão.<sup>18</sup>

O art. 49 e seus parágrafos determinam em que hipótese a assembleia dos adquirentes poderá ser convocada: pelo incorporador, construtor ou por um grupo de adquirentes que representem um terço no mínimo dos votos dos contratantes, com antecedência de pelo menos cinco dias.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> SCHMITD. 2006. p.122.

<sup>18</sup> PEREIRA. 2001. p.311.

<sup>19</sup> Art. 49. Os contratantes da construção, inclusive no caso do art. 43, para tratar de seus interesses, com relação a ela, poderão reunir-se em assembleia, cujas deliberações, desde que aprovadas por maioria simples dos votos presentes, serão válidas e obrigatórias para todos eles salvo no que afetar ao direito de propriedade previsto na legislação.

§ 1º As assembleias serão convocadas, pelo menos, por 1/3 (um terço) dos votos dos contratantes pelo incorporador ou pelo construtor, com menção expressa do assunto a tratar, sendo admitido comparecimento de procurador bastante.

§ 2º A convocação da assembleia será feita por carta registrada ou protocolo, com antecedência mínima de 5 dias para a primeira convocação, e mais 3 dias para a segunda, podendo ambas as convocações ser feitas no mesmo aviso.

§ 3º A assembleia instalar-se-á, no mínimo, com metade dos contratantes, em primeira convocação, e com qualquer número, em segunda, sendo, porém, obrigatória a presença, em qualquer caso do incorporador ou do construtor, quando convocantes, e pelo menos, com metade dos contratantes que a tenham convocado, se for o caso.

§ 4º Na assembleia, os votos dos contratantes serão proporcionais às respectivas frações ideais de terreno.



Pereira ensina, ainda, que a representação permanece, pelo princípio da continuidade, até o final da construção, quando cessa automaticamente. Afirma que cassará também o poder de representação, além da terminação da obra, a renúncia, revogação (pode a Assembleia revogar a representação) ou morte.

Interessante questão se coloca com relação à tendência jurisprudencial de responsabilizar quem fiscaliza a obra e não simplesmente quem executa. Nesse sentido, a decisão abaixo:

Civil. Responsabilidade do Agente Financeiro pelos defeitos da obra financiada. A obra iniciada mediante financiamento do Sistema Financeiro da Habitação acarreta a solidariedade do agente financeiro pela respectiva solidez e segurança. Recurso especial conhecido, mas improvido. REsp nº 51.169.

## 1.2 Solidariedade entre o incorporador e o proprietário do terreno

O atual Código Civil traz o conceito de solidariedade no art. 264: “Há solidariedade, quando na mesma obrigação, concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”. Segue, no art. 265, estabelecendo que: “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

Algumas questões devem ser abordadas, antes de entrarmos especificamente no tema. A lei é clara ao definir que a solidariedade terá por origem dispositivo legal ou vontade das partes. Explica Venosa que a obrigação solidária é obrigação unitária, entre o credor e todos os devedores solidários; entre o credor e cada devedor estabelece-se uma relação, mas todas permanecem unidas por meio da “unidade finalística da prestação”. Ressalta duas características deste instituto: a unidade da prestação e a pluralidade e independência do vínculo.<sup>20</sup>

Em havendo culpa de algum dos devedores, responderá apenas este pelas perdas e danos, nos termos do art. 279 do mesmo diploma pátrio: “Impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários, subsiste para todos o encargo de pagar o equivalente; mas pelas perdas e danos só responde o culpado.”

Existente a solidariedade entre o incorporador e o construtor, ambos poderão responder pelos defeitos de construção da obra. Ocorre, por vezes, de o incorporador alegar ser parte ilegítima por não ter feito a construção e o construtor, da mesma forma, alegar sua ilegitimidade por não ter firmado os compromissos de compra e venda com os adquirentes ou com o condomínio.

<sup>20</sup> VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil** - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.133.

Ensina Aghiarian que, muitas vezes, não é o incorporador o único a promover o empreendimento, “valendo-se, por contratação, da vontade do dono do terreno onde se lançará a edificação”. Por conseguinte, alerta que:

Vindo deste último a frustração do negócio, estabeleceria, a lei, a obrigação regressiva, em favor do incorporador, imputável ao proprietário pela desistência. Ou seja, em nível de responsabilidade talvez não se visse, no incorporador, a solidariedade que não se presume, senão pelo ato ilícito. Para tanto, em favor dos adquirentes desavisados, verdadeiros terceiros de boa fé, em face das tratativas entre o incorporador e o proprietário do terreno, imputando a lei a solidariedade responsável, limitando-se, entre ambos, a regressão indenizatória.”<sup>21</sup>

Nesse sentido, cita a ementa abaixo:

Direito imobiliário. Incorporação. Responsabilidade solidária do construtor e de quantos hajam atuado para a inexecução da edificação. Além do incorporador, devem responder aos adquirentes, pela inexecução da edificação, o construtor e quem mais atuou para o malogro do empreendimento imobiliário, existindo entre eles solidariedade passiva, não apenas quando presente a hipótese do parágrafo 3º, do artigo 31, da Lei n. 4.591/64, como, notadamente, em razão da regra do artigo 1.518 do Código Civil, aplicável seja na responsabilidade aquiliana como na contratual, em virtude da teoria da culpa unitária, perfilhada pelo direito pátrio. Todavia, existindo perdas e danos, a par da indenização pelo inadimplemento da incorporação, por eles não de arcar apenas aqueles que forem diretamente culpados pelo dano, “ex vi” do artigo 908 do Código Civil. Proviemento parcial dos terceiro e quarto apelos.” (DP) (Apeação Cível TJRJ nº 1992.001.00820, 1992.

O incorporador, ao adquirir o terreno, ajusta a forma de pagamento conforme sua possibilidade e o interesse do vendedor. Pode pagar à vista, parcelado mediante escritura pública de compra e venda e escritura de confissão de dívida, através de dação em pagamento, enfim, de inúmeras formas. Uma delas é o pagamento através da entrega de área construída, por exemplo, de determinado número de apartamentos.

Neste caso, o registro da incorporação é muito importante, porque define a responsabilidade do próprio titular do terreno

<sup>21</sup> AGHIARIAN. Hércules. **Curso de Direito Imobiliário**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.265.

frente aos adquirentes das unidades, se a incorporação for promovida por construtor ou corretor. Explica Rizzardo que, se o construtor cair em insolvência, ou desistir do empreendimento, “as importâncias que recebeu poderão ser executadas, se não as devolver espontaneamente. O titular do domínio, que permitiu a incorporação sem o preenchimento dos requisitos legais, agiu imprudentemente, daí imputando-se-lhe solidariedade nas obrigações contraídas pela pessoa a quem deu sua autorização para as obras.”<sup>22</sup>

Mas a questão aqui proposta diz com relação à solidariedade entre o incorporador e o proprietário do terreno, mesmo quando registrada a incorporação.

Pereira, ao analisar a responsabilidade do incorporador, explica que “tanto é maior a responsabilidade, e tanto mais pessoal é esse risco, quanto é certo que seu negócio de incorporação é lucrativo. Consequentemente, há de suportar os ônus do empreendimento, e deve responder civilmente com seus bens [...]. E, sendo mais de um, todos devem estar ligados por vínculo de solidariedade passiva”<sup>23</sup>

Para Brito, não existe solidariedade entre o proprietário do terreno dado em permuta por área construída e o incorporador, uma vez que o proprietário assume *status* jurídico de condômino. Com efeito, pela exegese do art.39 da Lei 4591, não é mencionado o proprietário do terreno<sup>24</sup>.

Nesse sentido, fundamentando que o proprietário do terreno é um condômino e não um incorporador, o julgado abaixo:

Direito civil. Contrato. Permuta. Descumprimento de cláusula contratual. Obra não concluída. Venda das unidades a terceiros de boa-fé. Rescisão do contrato. Reintegração na posse. Deferimento. Art. 40, § 2º, Lei N. 4.591/64. Exegese. Comunicação aos terceiros interessados. Recurso dos autores parcialmente provido. Recurso dos réus não conhecido.

I - Em contrato de permuta, no qual uma das partes entra com o imóvel e outra com a construção, não tendo os proprietários do terreno exercido atos de incorporação - uma vez que não tomaram a iniciativa nem assumiram a responsabilidade da incorporação, não havendo contratado a construção do edifício - não cumprida pela construtora sua parte, deve ser deferida aos proprietários do imóvel a reintegração na posse. II - O deferimento, no entanto, fica condicionado às exigências do § 2º do art. 40 da Lei das Incorporações, Lei

<sup>22</sup> PEREIRA. 1961. p.164.

<sup>23</sup> PEREIRA. 1961. p.164.

<sup>24</sup> BRITO. Rodrigo Azevedo Toscano de. **Incorporação Imobiliária à luz do CDC**. São Paulo: Saraiva, 2002.p.342.

nº 4.591/64, para inclusive resguardar os interesses de eventuais terceiros interessados. III - Os terceiros deverão ser comunicados do decidido, podendo essa comunicação ser feita extrajudicialmente, em cartório." (STJ, REsp 489281/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 03/06/2003).

Ainda com relação à inocorrência de litisconsórcio entre incorporador e proprietário do terreno:

LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. Inocorrência - Ação de revisão de compromisso de venda e compra de unidade autônoma - Ação movida contra a incorporadora/construtora e em face também dos proprietários da área, que prometeram permutar parte ideal do terreno por unidades - Inexistência de litisconsórcio passivo necessário - Inteligência do art. 47 do CPC - Exclusão dos proprietários determinada pelo Juízo - Decisão mantida - Recurso desprovido. (TJSP, proc. nº 2704534700, 10/01/2003).

No entanto, se o proprietário do terreno vender diretamente as unidades para os adquirentes, será equiparado ao incorporador, como se vê na ementa abaixo colacionada:

Incorporação. Ação visando o cumprimento de promessa de compra e venda ou a resolução do contrato com a restituição do preço. Unidade prometida vender à autora, mas escriturada diretamente pelo proprietário do terreno a terceiro, indicado pelo incorporador. Pretendida responsabilidade do dono do terreno, sob o fundamento de haver agido na condição de incorporador. Sentença de procedência, afirmando a responsabilidade solidária do réu pela incorporação, porque emitida a licença para construção em seu nome e não levada a registro a escritura de permuta. Apelação desprovida. Voto vencido. Conquanto não tenha participado da construção do edifício, o dono do terreno pode ser considerado incorporador se a venda das unidades realizou-se diretamente dele para os adquirentes, não tendo havido o prévio e regular registro da incorporação. Incidência da primeira parte do art. 29 da Lei 4591/64. Responsabilidade de indenizar o adquirente que não recebeu unidade prometida e quitada. Sentença mantida. Apelo desprovido, por maioria, vencido o relator, que dava provimento." (Apelação Cível n. 198079303, 18ª Câmara Cível do TJRS, j. 10/08/2000)

Já na segunda hipótese levantada, o proprietário não seria solidário, pois a inexecução ocorreu não por sua culpa e sim do incorporador.

Embargos infringentes. Condomínio. Incorporação. Quebra da construtora. Pedido de indenização subsidiária interposta contra os proprietários do terreno. Desacolhimento.

Não há como imputar a responsabilidade aos proprietários do terreno pela não-concretização do empreendimento, pois não restou evidenciado qualquer relação jurídica entre estes e os promitentes-compradores das unidades habitacionais. Embargos infringentes acolhidos por maioria" (Embargos Infringentes n. 70013740527, 12º Grupo Cível, Rel. Des. José Francisco Pellegrini, j. 26.05.2006.)

Argumento no sentido contrário é o de que o proprietário tem o dever de bem escolher o incorporador e, não o fazendo, tem culpa *in eligendo*, que será abordada adiante. Portanto, há posicionamento nos dois sentidos, da existência e da inexistência da solidariedade.

## 2 Caracterização da responsabilidade civil do proprietário do terreno

Vimos que o proprietário do terreno pode ser responsabilizado, restando verificar se sua responsabilidade é objetiva ou subjetiva. A tendência, havendo equiparação, é de que a responsabilidade seja igual à do incorporador (objetiva).

Se o proprietário for equiparado ao incorporador, conforme a primeira hipótese levantada anteriormente, entendemos que sua responsabilidade poderá ser objetiva ou subjetiva.

Contudo, se o proprietário não for equiparado, entendemos não haver responsabilidade.

### 2.1 Formas de responsabilidade civil

Nosso ordenamento jurídico contempla dois tipos de responsabilidade civil: objetiva e extracontratual, subjetiva ou aquiliana.

A responsabilidade objetiva está prevista no *caput* e parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que estabelece:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.  
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Da leitura desse dispositivo, especialmente do parágrafo único, depreende-se que surge o direito de indenizar independente

da existência de culpa, bastando a existência do nexo causal entre o dano e o agente que praticou o ato. É nesse contexto que se fala da teoria do risco.

Já a responsabilidade civil subjetiva funda-se no elemento culpa e tem por pressupostos: ação ou omissão, culpa ou dolo, dano e relação entre a conduta lesiva e a lesão. O agente causador do dano só terá de indenizar se tiver agido com culpa.<sup>25</sup>

Cambler explica que “a culpa é contratual quando resulta na falta de diligência no cumprimento das obrigações convencionadas; é aquiliana quando, correspondendo ao ato ilícito, consiste na violação do dever universal de respeitar o direito alheio”. Ensina referido autor que existem diversas modalidades de culpa, entre as quais a culpa *in eligendo*, “consistente na má escolha da pessoa a quem se confia a prática de um ato” e a culpa *in vigilando* “quando ocorre a falta da atenção necessária no desempenho de um dever.”<sup>26</sup>

Quanto ao ônus da prova, na responsabilidade contratual, incumbe ao devedor provar que não agiu com culpa; já na aquiliana, como regra geral, cabe à vítima provar a culpa do causador do dano.<sup>27</sup>

Necessário saber qual o tipo de obrigação assumida, para verificação de qual o tipo de responsabilidade resultante. A obrigação pode ser de resultado, quando é preciso verificar se o resultado foi alcançado para, só assim, a obrigação ser tida como cumprida; de meio, quando é necessário verificar se o devedor empregou boa diligência no cumprimento da obrigação; ou ainda de garantia, cujo conteúdo é “eliminar um risco que pesa sobre o credor.”<sup>28</sup>

Ensina Bottega que, na obrigação de meio, teremos a responsabilidade civil subjetiva; na de resultado, também será subjetiva “pois embora a culpa pela não obtenção do resultado seja presumida, essa presunção é *iures tantum* (admite prova em contrário); já as obrigações de garantia resultam na responsabilidade civil objetiva.”<sup>29</sup>

Para entendermos a responsabilidade civil do incorporador, devemos analisar qual o tipo de obrigação por ele assumida. Opor-

<sup>25</sup> ARALDI, Udelson Josue. Responsabilidade Civil Objetiva: Alcance do Disposto no Parágrafo Único do art. 927 do Novo Código Civil *In: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, ano VIII, nº 47, maio-jun. 2007, Porto Alegre, Síntese. p.23.

<sup>26</sup> CAMBLER. Everaldo Augusto. **Incorporação Imobiliária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p.81.

<sup>27</sup> VENOSA. 2004, p.491

<sup>28</sup> CAMBLER. 1993. p.81.

<sup>29</sup> BOTTEGA, Jéverson Luís. **Incorporação imobiliária e a responsabilidade civil do incorporador**. Porto Alegre: Norton Editor, 2005. p.72.

tuno, assim, expor a teoria do risco, que segundo Cavalieri Filho, é assim descrita: “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano.”<sup>30</sup>

Bottega explica que a atividade de incorporação está sob a égide da teoria do risco e classifica as obrigações do incorporador em três fases distintas: pré-contratual, contratual e pós-contratual.<sup>31</sup> Segue ensinando que, ainda que a obrigação seja de meio, haverá responsabilidade objetiva, isso porque, independentemente da obrigação do incorporador, em razão do risco da atividade, sua responsabilidade é objetiva.

As obrigações do incorporador são claras na Lei 4591: ele assume a obrigação de fazer e assim “é responsável por qualquer espécie de dano que possa resultar da inexecução ou da má execução do contrato de incorporação,”<sup>32</sup> pois ao exercer sua atividade assume o risco por eventuais danos que os adquirentes venham a sofrer.

Quanto à responsabilidade subjetiva, pode estar caracterizada pela escolha inadequada do construtor/incorporador, o que remeteria à culpa *in eligendo*, e à culpa *in vigilando*, já referidas acima.

## 2.2 Aplicabilidade do CDC

À época do Código Civil de 1916, poder-se-ia dizer que o patrimônio encontrava-se no centro das relações de direito privado. No entanto, com a promulgação da Carta de 1988, houve a proliferação dos chamados microsistemas<sup>33</sup> – ao que Facchini Neto chama de “a era dos estatutos”.

Em consequência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.155.

<sup>31</sup> BOTTEGA. 2005. p.79.

<sup>32</sup> CAVALIERI FILHO. 2005. p.379.

<sup>33</sup> Como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Locações.

<sup>34</sup> TEPEDINO, Maria Celina B.M. A Caminho de um direito civil constitucional. *In: Revista de Direito Civil*, São Paulo, n.65, 1998. p.28.

Por essa razão, fala-se em re-personalização, ou como Perlingieri sugere, “despatrimonialização” do Direito Civil. Seja qual for a expressão utilizada, a ideia é a de que, anteriormente, no centro do ordenamento jurídico, encontrava-se o patrimônio, visto sob uma ótica extremamente civilista, sobrepondo-se muitas vezes o interesse individual sobre o da coletividade. Depois da Constituição de 1988, percebeu-se uma mudança, sendo agora a dignidade da pessoa humana o valor fundamental vigente.

É nesse contexto que surge o código de defesa do consumidor. A Constituição Federal de 1988, no inciso XXXII do art. 5º, e V do art.170, bem como o art.48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu que o Estado deveria promover a defesa do consumidor.

Ghezzi entende que a Lei 4591/64 também constitui um microsistema normativo, embora bem anterior ao CDC e demais legislações específicas.<sup>35</sup>

Cavaliere Filho ensina que o CDC é aplicável tanto na fase pré-contratual, quando disciplina a oferta e a publicidade feita pelo incorporador, como na fase contratual, ao vedar a prática de cláusulas abusivas.<sup>36</sup>

Ensina Chalub que a incidência do CDC aos contratos de incorporação não derroga o regime jurídico próprio desse contrato, contido na Lei das Incorporações.<sup>37</sup> Nesse sentido, Theodoro Júnior refere que, em primeiro lugar, aplica-se a Lei 4591 e, complementarmente, as regras gerais do direito, entre as quais se encontram o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Referido autor lembra que a Lei de Incorporações foi editada com os mesmos princípios do CDC, “quais sejam a proteção ao adquirente de unidades de edificação coletiva, reconhecidamente frágil na negociação com o incorporador, e as notórias preocupações com a boa-fé e o equilíbrio econômico das prestações.”<sup>38</sup>

Nesse sentido, jurisprudência pacificada:

Incorporação. Resolução do contrato. Restituição. Lei 4.591/64. Código de Defesa do Consumidor. 1. O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/64), mas sobre ele

<sup>35</sup> GHEZZI. 2007. p.37.

<sup>36</sup> CAVALIERI FILHO. 2005. p.381.

<sup>37</sup> O Contrato de Incorporação Imobiliária sob a Perspectiva do Código de Defesa do Consumidor *In: Revista de Direito Imobiliário*, RT, ano 24, n. 50, jan./jun. 2001. p.125.

<sup>38</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Incorporação Imobiliária - Atualidade do regime jurídico instituído pela Lei 4591/ 1964 *In: Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 376, nov./dez.2004. p.81 e 88.



também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva. 2. A abusividade da cláusula de decaimento, com previsão de perda das parcelas pagas em favor do vendedor, pode ser reconhecida tanto na ação proposta pelo vendedor (art. 53 do CODECON) como na de iniciativa do comprador, porque a restituição é inerente a resolução do contrato e meio de evitar o enriquecimento injustificado. 3. Porém, não viola a lei o acórdão que examina fatos e contratos a luz do CODECON e nega a extinção do contrato de incorporação, afastando a aplicação da teoria da imprevisão e a alegação de culpa da empresa vendedora. mantido o contrato, não há. cuidar da devolução das prestações pagas. Recurso não conhecido (súmulas 5 e 7)." (STJ, REsp 80036/SP, Rel. Ruy Rosado de Aguiar, 12/02/1996).

Chalub apresenta, como pressuposto do CDC, a vulnerabilidade do consumidor nas relações contratuais de consumo e, como princípios, o da boa-fé (consagrado no inc. III do art.4º e no inc. IV do art.51 do CDC) e o equilíbrio (também consagrado no art.4º, III, do CDC). Explica que no CDC está presente a relativização da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.<sup>39</sup>

Fica claro que as normas previstas pelo CDC incidirão sempre que houver uma relação jurídica de consumo, isto é, de um lado o fornecedor e do outro o consumidor.

Ghezzi ensina que, para explicar o conceito de consumidor, existem duas teorias: a maximalista e a finalista. A primeira entende que a expressão "destinatário final" contida no CDC refere-se ao "destinatário fático." Isto é, "as regras podem ser aplicadas a todas as pessoas, físicas e jurídicas, inclusive profissionais". Já os adeptos da segunda teoria sustentam que a destinação do produto ou do serviço deve ser ao seu uso privado. Ao citar Marques, o autor refere que "é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda."

Outro aspecto presente nas relações de consumo é a vulnerabilidade do adquirente/consumidor. Esclarece Ghezzi que esta vulnerabilidade será presumida quando o adquirente for pessoa física e deverá ser provada quando for pessoa jurídica.

O mesmo autor segue o raciocínio explicando que fornecedor pode ser o fornecedor ou produtor real, o fornecedor ou produtor aparente e o fornecedor ou produtor presumido. O primeiro é o

<sup>39</sup> CHALUB, Melhim Namem. O Contrato de Incorporação Imobiliária sob a Perspectiva do Código de Defesa do Consumidor *In*: **Revista de Direito Imobiliário**, RT, ano 24, n. 50, jan./jun. 2001. p.117.

que participa do processo de fabricação do produto acabado (art.12 do CDC). O segundo é o que coloca seu nome no produto, a sua marca. (O autor explica que o CDC não se refere a este tipo de fornecedor). E o terceiro “é aquele que importa o produto ou que o vende sem identificar de forma clara quem é o seu verdadeiro fabricante” (art. 13 CDC). O incorporador será enquadrado dependendo do caso, nas hipóteses acima mencionadas.

A responsabilidade civil do fornecedor é objetiva, mas o CDC ressalvou algumas causas de exclusão da responsabilidade, como a inexistência do defeito do produto ou serviço (art.12, §30, II e art.14, §3º, II) e ainda a não colocação do produto no mercado (art.12, §30, I), hipóteses em que o ônus da prova é do responsável legal.<sup>40</sup>

Ghezzi ensina que se o incorporador for responsável pela construção, será caracterizado como comerciante e construtor; se, no entanto, não for construtor, será enquadrado apenas como comerciante.<sup>41</sup>

O art. 2º, *caput*, do CDC conceitua o consumidor, como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Para Brito, se o adquirente compra o imóvel para uso próprio, ou para terceiros (exemplo, filhos), desde que seja o “destinatário final fático da unidade”, será enquadrado como consumidor. No entanto, se comprar para revenda, não estando no “término da cadeia de consumo” não será consumidor nos termos do CDC.<sup>42</sup> Deve também ser o consumidor, adquirente da futura unidade autônoma, parte vulnerável na relação.

O art. 3º do CDC estabelece que “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, [...], construção [...] ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Ainda, no §1º, “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Para Brito, o incorporador será fornecedor quando exercer, de forma organizada, a atividade contida no art.29 da Lei 4591 e explica “vale dizer, será fornecedor, aquele incorporador que realiza a incorporação de maneira profissional. Diz-se isso para que fique claro que a pessoa que transfere a propriedade imobiliária, eventualmente, à outra, não pode ser considerada fornecedora.”<sup>43</sup>

<sup>40</sup> MARTINS, Plínio Lacerda. *apud* STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. 4.ed. São Paulo: RT, 1999. p.251.

<sup>41</sup> GHEZZI. 2007. p.130.

<sup>42</sup> BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Cláusulas Abusivas nos Contratos de Incorporação Imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor *In: Revista de Direito Imobiliário*, RT, ano 23, n. 49, jul./dez. 2000. p.84.

<sup>43</sup> BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. 2000. p.84.

Sobre este tema, Bottega esclarece que “é necessário, antes de tudo, ver se a atividade de incorporação imobiliária enquadra-se nas características necessárias para ser considerada uma relação de consumo”.<sup>44</sup>

Quanto ao incorporador, explica o autor, facilmente conseguimos enquadrá-lo como fornecedor “na medida em que, como gestor da atividade de incorporação imobiliária, desenvolve atividade de criação, construção e comercialização de produto imóvel ou presta um serviço fornecido no mercado de consumo mediante remuneração.”<sup>45</sup> Já quanto ao enquadramento do adquirente como consumidor, há discussão, porque muitas vezes esse adquirente não vai ser o consumidor final, por exemplo “o adquirente que compra uma unidade autônoma com o objetivo de fazer dela o seu local de trabalho”. Para o autor, ao abordar a discussão existente, “quem adquire unidade autônoma com essas finalidades estaria utilizando-a para fazer dela uma atividade de comércio, não merecendo ser tratado como consumidor.”<sup>46</sup>

A Lei 8078/90, no art. 3º, §§1º e 2º, estabelece que “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial; serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Sobre esta questão Ghezzi ensina que, para sabermos se a relação jurídica envolve um produto ou um serviço, devemos examinar o “elemento nuclear do vínculo obrigacional”, de forma que se for um produto, a obrigação será de dar e se for um serviço, a obrigação será de fazer. Ensina que:

a incorporação imobiliária tem como objeto a venda de frações ideais de terrenos que ficam vinculadas a unidades autônomas em construção ou que serão futuramente construídas, o que significa dizer que elas têm por objeto bens imóveis. E, cada caso, a correta distinção entre as figuras jurídicas do produto e do serviço, assim como a circunstância de o incorporador ser ou não, também, o construtor do empreendimento, poderão ter consequências diversas no que tange à responsabilidade do fornecedor.<sup>47</sup>

Brito entende que a relação entre o proprietário do terreno dado em permuta por área construída e o incorporador é de con-

<sup>44</sup> BOTTEGA, Jéverson Luis. **Incorporação imobiliária e a responsabilidade civil do incorporador**. Porto Alegre: Norton Editor, 2005. p.102.

<sup>45</sup> BOTTEGA. 2005. p.103.

<sup>46</sup> BOTTEGA. 2005. p.104.

<sup>47</sup> GHEZZI. 2007. p.144.

sumo. Salaria que, ainda que o proprietário do terreno esteja permutando o bem com o propósito de investimento, será considerada a relação como de consumo, pois o destinatário final será o próprio, “até que um dia resolva vender a unidade autônoma para outra pessoa. Isso porque não se pode determinar quando venderá a unidade ou se venderá, podendo destiná-las, se forem várias, a moradia dos filhos, por exemplo.”<sup>48</sup>

Cavaliere Filho ensina que o incorporador/construtor é um fornecedor de produtos ou serviços à luz dos conceitos claros e objetivos constantes do art.3º do CDC; quando ele vende, assume “obrigação de dar” coisa certa, “e sendo essa obrigação assumida com alguém que se posiciona no último elo do ciclo produtivo, alguém que adquire essa unidade imobiliária como destinatário final, para fazer dela a sua moradia e da sua família, está formada a relação de consumo que torna impositiva a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.”<sup>49</sup>

Diante dessas considerações, entendemos ser aplicável o CDC nas incorporações imobiliárias. De fato, quando o proprietário do terreno for equiparado ao incorporador, sobre ele será aplicável o CDC e assim será responsabilizado de forma objetiva. Já em sendo o proprietário pessoa que se reserva área a ser construída, não praticando os atos de incorporador, não terá aplicabilidade o CDC a ele enquanto fornecedor, mas será aplicável se, por razões adversas, demandar por ser consumidor.

## Conclusão

Após toda a análise realizada neste estudo, podemos apontar algumas conclusões.

Não importa a que título foi firmado o negócio jurídico (seja permuta por área construída, compra e venda, cessão de direitos, etc), todos os que ingressam como futuros adquirentes passam a ser condôminos, tendo assim as mesmas responsabilidades;

Os proprietários do terreno, que trocam seus imóveis por unidades a serem construídas, estão entrando, de boa-fé, numa negociação que é de risco, contratando uma empresa que, aparentemente, é séria e lhes dá garantias de que a obra será executada. Se, por acaso, a empresa vai à falência, ou não executa a obra, os proprietários do terreno, sem dúvida, são prejudicados;

<sup>48</sup> BRITO. 2002. p.343.

<sup>49</sup> CAVALIERE FILHO. A Responsabilidade do Incorporador/ Construtor no Código de Defesa do Consumidor *In: Revista da Ajuris*- Edição Especial. mar. 1998, vol. II, p.430.

No entanto, se o proprietário do terreno é equiparado ao incorporador, pode vir a ser responsabilizado perante os demais adquirentes;

É aplicável às incorporações imobiliárias o CDC que, ao conceituar quem pode ser o fornecedor, o consumidor e o que vem a ser produto, traz maior segurança aos envolvidos numa incorporação. De fato, o CDC veio a equiparar, de forma indireta, o contrato de incorporação ao contrato de consumo, ao classificar o imóvel como *produto* e incluir a construção e comercialização de produtos entre as atividades que caracterizam a figura do fornecedor.

Embora não pacificado o entendimento pela jurisprudência, tampouco pela doutrina, sobre a responsabilidade do proprietário do terreno, a temática deve ser amplamente debatida, já que a tendência de mercado demonstra que negócios como os expostos neste estudo são cada vez mais frequentes. Da mesma forma, serve este estudo para alertar os proprietários de terrenos de sua responsabilidade ao escolher uma empresa para atuar como incorporadora / construtora, tendo em vista a *culpa in eligendo* e o dever de fiscalizar a obra.

Nesse sentido, com relação à fiscalização da obra, salienta-se também aos demais adquirentes em uma negociação com pagamento em área construída, que também têm o dever e o direito de fiscalizar a obra e acompanhar as atividades da Comissão de Representantes.

Schmidt sugere uma forma para evitar possível litígio, dizendo que:

devem os proprietários de terrenos, que normalmente são pessoas interessadas apenas em negociá-los com terceiros para que promovam a incorporação, tomar o cuidado de fazer constar dos respectivos contratos cláusula esclarecendo a quem incumbem os direitos e obrigações inerentes à figura do incorporador e exigir que o contrato seja registrado no Ofício de Imóveis competente, antes que o incorporador ou o construtor encaminhem à aprovação o projeto arquitetônico do empreendimento.<sup>50</sup>

Também para se precaver de eventual quebra do incorporador, Brito sugere que pode o proprietário do terreno pedir garantia hipotecária sobre outro imóvel de propriedade do incorporador, e assim, se for o caso, poderá executá-lo.<sup>51</sup>

As leis e os contratos visam dar segurança aos negócios firmados. Na falta de clareza da lei, ao não estabelecer quando o permutante do terreno será responsabilizado, parece uma boa sa-

<sup>50</sup> SCHMITD. 2006. p.31.

<sup>51</sup> BRITO. 2002. p.344.

ida a inserção de cláusula no contrato, estabelecendo claramente quem é o incorporador, o que se entende pela efetivação da incorporação, entre outros conceitos gerais trazidos pela Lei.

O permutante do terreno pode ter responsabilidade objetiva e subjetiva, dependendo do caso. Sua responsabilidade será objetiva quando equiparado ao incorporador, hipótese em que deverá responder também pelas obrigações assumidas na qualidade deste, como de segurança da obra, por exemplo. Nesse sentido, se equiparado ao incorporador, estaria sendo comparado ao fornecedor, conforme conceitos trazidos pelo CDC.

Quando o permutante do terreno não vender nem prometer vender as unidades antes da conclusão da obra (segunda hipótese levantada nesse estudo), não poderá ser equiparado ao incorporador, não lhe sendo atribuída responsabilidade.

## Referências

AGHIARIAN, Hércules. **Curso de Direito Imobiliário**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ARALDI, Udelson Josué. Responsabilidade Civil Objetiva: Alcance do Disposto no Parágrafo Único do art. 927 do Novo Código Civil, *In: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, ano VIII, nº 47, maio-jun. 2007, Porto Alegre, Síntese.

BOTTEGA, Jéverson Luis. **Incorporação imobiliária e a responsabilidade de civil do incorporador**. Porto Alegre: Norton Editor, 2005.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. **Incorporação Imobiliária à luz do CDC**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. Cláusulas Abusivas nos Contratos de Incorporação Imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor *In: Revista de Direito Imobiliário*, RT, ano 23, n. 49, jul. dez. 2000, p.84.

CAMBLER, Everaldo Augusto. **Incorporação Imobiliária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

CAVALIERI FILHO, Sergio. A Responsabilidade do Incorporador/Construtor no Código de Defesa do Consumidor *In: Revista da Ajuris* - edição especial março 1998, vol. II, POA.

\_\_\_\_\_. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CHALUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2.ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. O Contrato de Incorporação Imobiliária sob a Perspectiva do Código de Defesa do Consumidor *In: Revista de Direito Imobiliário*, RT, ano 24, n. 50, jan. jun. 2001.

GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Plínio Lacerda *apud* STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. 4.ed. São Paulo: RT, 1999.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. v. XII.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Incorporações Imobiliárias**. 2.ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2006.

\_\_\_\_\_. **Condomínio e Incorporação**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Propriedade horizontal**. São Paulo: Forense, 1961.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10/01/2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SCHMIDT, Francisco Arnaldo. **Incorporação Imobiliária**. 2.ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2006.

TEPEDINO, Maria Celina B.M. A Caminho de um direito civil constitucional. In: **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n.65, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Incorporação Imobiliária - Atualidade do regime jurídico instituído pela Lei 4591/1964. In **Revista Forense**, v. 376, nov. dez. 2004, Rio de Janeiro.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004.







PARTE 2

# JURISPRUDÊNCIA



# Superior Tribunal de Justiça

**Corte Especial. Liquidação/execução de sentença. Critérios de cálculo. Conteúdo decisório. Preclusão.**

## EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINA OS CRITÉRIOS A SEREM ADOTADOS NO CÁLCULO DA EXECUÇÃO, PELA CONTADORIA OU PELAS PARTES. EXCLUSÃO DE EXPURGOS. CARÁTER INTERLOCUTÓRIO. AUSÊNCIA DE AGRAVO. PRECLUSÃO DO TEMA. CPC, ART. 604, NA REDAÇÃO DA LEI N. 8.898/94. SITUAÇÃO ENFRENTADA PELO ACÓRDÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. REJEIÇÃO.

I. O acórdão embargado deixou claro que a decisão judicial que fixa os critérios para a elaboração dos cálculos de execução não tem caráter meramente ordinatório, sendo passível de recurso e atraindo a preclusão caso não impugnada, bem assim que isso se aplica tanto para o contador, como para a parte que apresenta a conta na sistemática do art. 604 do CPC.

II. Destarte, inexistente omissão a ser sanada, apenas julgamento contrário ao interesse da embargante.

III. Embargos declaratórios rejeitados.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Corte Especial,

por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrigli, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Nilson Naves, Ari Pargendler, Fernando Gonçalves e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2009 (Data do Julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente.

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator.

REsp 519381 - RJ. DJE 05/10/2009.

## RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Assuero Horta Fernandes e outros opõem embargos de declaração contra acórdão assim ementado (fl. 242):

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. ATO JUDICIAL DETERMINANDO A ELABORAÇÃO DE CONTA SEM INCLUSÃO DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. CONTEÚDO DECISÓRIO. AUSÊNCIA DE RECURSO DA PARTE. PRECLUSÃO.

I. O ato judicial determinando expressamente que a elaboração da conta de liquidação não insira os chamados expurgos inflacionários guarda conteúdo decisório e não meramente ordinatório, de sorte que contra ela cabe recurso, tornando, por outro lado, preclusa a questão, quando a parte dele não fizer uso.

II. Embargos conhecidos e improvidos."

Os embargantes alegam omissão, vez que o despacho de fl. 11 foi proferido na vigência da Lei 8.898/94, que extinguiu o processo de liquidação por contador judicial, ponto dito fundamental para o deslinde da controvérsia.

Aduzem que, a despeito dessa questão ter sido citada nos embargos de divergência, o acórdão ora embargado entendeu que a nova redação do art. 604 do CPC não retirou a força preclusiva do despacho anteriormente proferido.

Sustentam que, ao assim decidir, a Corte Especial contraria seu próprio entendimento sobre a matéria, que aponta no sentido de não haver preclusão de qualquer questão decidida no procedimento liquidatário quando proferida após o início da vigência da Lei n. 8.898/94.

Requerem o conhecimento e provimento dos embargos declaratórios, para que sejam providos, por consequência, os embargos de divergência, sanando-se, dessa forma, o apontado conflito de decisões no âmbito da Corte Especial.

É o relatório.

## VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator): Inobstante os judiciosos argumentos e a combatividade demonstrada pela ilustre patrona da parte embargante, o recurso não prospera.

O acórdão foi claro no exame da tese, tanto aplicável, consoante frisado à fl. 235, à hipótese de cálculo do contador, como aquele elaborado pelas partes, *verbis*:

"Houvesse sido um despacho de simples impulso, como "ao contador", sem dúvida alguma dele não se poderia extrair maior significado. Mas, não. Aqui, a decisão foi peremptória, taxativa, no sentido de, de logo, estabelecer a vontade judicial sobre expurgos, índice aplicável (TR), e termo inicial de sua incidência, como se vê, claramente, do acima transcrito.

Tratou-se, realmente, de uma decisão judicial a ser seguida e não desobedecida. Nem o contador, nem tampouco as partes, intimadas do seu conteúdo, poderiam, tenho eu, ignorá-la nos cálculos. Se com ela não concordavam, cabia-lhes agravar, o que não aconteceu." (destaquei)

Em outras palavras, julgou-se a tese de que, uma vez firmado pelo juiz o critério para o cálculo, esta decisão é recorrível, e a ausência de recurso torna preclusa a matéria, independentemente de se cuidar de cálculo feito pelo contador, ou elaborado pelas partes, na sis-

temática da do art. 604 do CPC, com as alterações da Lei n. 8.898/1994. A tese essencial, portanto, é a natureza do comando judicial, que não é meramente ordinatório, de sorte que recorrível naquele momento; não importa o autor dos cálculos, o contador (na sistemática antiga) ou a parte exequente (na nova), ele deve obedecer ao dito comando, pena de preclusão se não o impugnar atempadamente, naquela ocasião considerada, pelo STJ, como a própria.

E vale, ainda, transcrever um outro trecho do voto condutor, à fl. 236, que repete e repele o ponto que se diz omissor:

"Registro que, com a máxima venia, não procede o argumento, embora judicioso, de que, após, o Juízo determinou que os cálculos fossem apresentados na forma do art. 604 do CPC, pela parte, e, em seguida, aberta vista à União, executada, para embargar."

Evidenciado está que não ocorreu qualquer omissão. A circunstância de o cálculo haver sido apresentado pela parte, nos termos do art. 604 do CPC, não foi ignorada. Foi, ao inverso, tratada e decidida, no bojo da tese fundamental (a natureza da decisão que fixa os critérios de cálculo), apenas que rejeitada pelo acórdão da Corte Especial do STJ. Inexistiu omissão, o que houve foi um julgamento contrário aos embargos, nada além.

Por derradeiro, cumpre observar que o julgamento do presente EResp marca a posição atual da Corte Especial a respeito, que prevalece, por ser mais recente, sobre quaisquer das anteriores, eventualmente discordantes, de Turmas, de Seções ou da própria Corte Especial. É a nova orientação do Tribunal, tomada pela maioria de onze votos, com um voto minoritário (fl. 241).

Ante o exposto, rejeito os embargos declaratórios.

É como voto.

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Corte Especial, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrigli, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Nilson Naves, Ari Pargendler, Fernando Gonçalves e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília, 19 de agosto de 2009.

Vania Maria Soares Rocha - Secretária.



# Superior Tribunal de Justiça

**Recurso repetitivo. SFH. Taxa de juros. Limitação. Capitalização. Tabela Price.**

## EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS VEDADA EM QUALQUER PERIODICIDADE. TABELA PRICE. ANATOCISMO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7. ART. 6º, ALÍNEA "E", DA LEI Nº 4.380/64. JUROS REMUNERATÓRIOS. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO.

1. Para efeito do art. 543-C:

1.1. Nos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade. Não cabe ao STJ, todavia, aferir se há capitalização de juros com a utilização da Tabela Price, por força das Súmulas 5 e 7.

1.2. O art. 6º, alínea "e", da Lei nº 4.380/64, não estabelece limitação dos juros remuneratórios.

2. Aplicação ao caso concreto:

2.1. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido, para afastar a limitação imposta pelo acórdão recorrido no tocante aos juros remuneratórios.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade,

conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Para efeito de recurso repetitivo, restou decidido afastar-se o exame da tese da ilegalidade da Tabela Price, a ser definida em cada caso concreto, e que não há limitação dos juros remuneratórios, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Paulo Furta-do (Desembargador convocado do TJ/BA), Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, Nancy Andrigli, João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão - Relator.

REsp 1070297 - PR (2008/0147497-7). DJE 18/09/2009.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Hiroyasu Mori e Rosa Yuka Mori ajuizaram, em face de Banco Itaú S/A, ação de revisão de prestações e de saldo devedor, cumulada com repetição de indébito, relativamente ao imóvel

financiado, e situado na Rua Desembargador Motta, Curitiba/PR. Os autores informam que são mutuários de contrato celebrado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, com as seguintes características: prazo de amortização em 192 meses; taxa de juros nominal e efetiva de 10,1% a.a. e 10,5% a.a., respectivamente; adoção do Plano de Equivalência Salarial como critério de reajuste das prestações; e sistema de amortização francês - Tabela Price. (fl. 304/305).

O Juízo da Segunda Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na inicial, entabulando as seguintes diretrizes:

a) incidência do Código de Defesa do Consumidor ao contrato em exame, conquanto celebrado antes de sua vigência (15 de março de 1989);

b) limitação dos juros em 10% a.a., nos termos do art. 6º, alínea "e", da Lei Regente do Sistema Financeiro da Habitação (Lei n. 4.380/64);

c) ilegalidade da cobrança de juros compostos pela simples utilização da Tabela Price como método de amortização das prestações;

d) atualização do saldo devedor anteriormente ao abatimento da prestação;

e) afastamento da cobrança do Coeficiente de Equiparação Salarial (CES), porquanto o contrato foi celebrado antes do advento da Lei que o criou (Lei n. 8.692/93);

f) repetição, na forma simples, dos valores pagos a maior.

A instituição financeira interpôs recurso de apelação, alegando, em breve síntese:

a) inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a contratos anteriores a sua vigência;

b) legalidade da cobrança do Coeficiente de Equiparação Salarial (CES);

c) inexistência de limitação dos juros em 10% a.a., segundo a melhor exegese do art. 6º, "e", da Lei n. 4.380/64;

d) inexistência de anatocismo na utilização da Tabela Price.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná negou provimento ao recurso, em acórdão sintetizado na ementa que ora transcrevo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO IMOBILIÁRIO. SFH. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. OBRIGAÇÃO CONTRATUAL ABRANGIDA PELA NOVA LEI. COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL (CES). DESCABIMENTO. PACTUAÇÃO INOCORRENTE. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO AO PATAMAR DE 10% AO ANO. MANUTENÇÃO. PREVISÃO LEGAL. TABELA PRICE. AFASTAMENTO MANTIDO. REGRA DE CÁLCULO QUE RESULTA JUROS CAPITALIZADOS. SUBSTITUIÇÃO PELO CÁLCULO DE JUROS SIMPLES. SUCUMBÊNCIA. REDISTRIBUIÇÃO. DESACOLHIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. (fl. 404)

Entendeu o acórdão recorrido ser aplicável à espécie o Código de Defesa do Consumidor, por-



quanto "o reflexo dele emanado, de ordem pública, impõe a sua incidência porque tendo o contrato protraído no tempo ele foi espargido pela norma consumerista". (fl. 407)

Quanto à cobrança do CES, entendeu o preclaro Desembargador Relator que "o contrato foi firmado quando existia apenas a Resolução do Banco Central n. 1.446, de 05 de janeiro de 1988 (item XI), ou seja, em março/89, pelo que, para a inclusão do percentual relativo ao CES, deveria haver a expressão previsão de tal cobrança". (fl. 408)

De outra parte, no que concerne aos juros remuneratórios, o Tribunal a quo entendeu pela cobrança de no máximo 10% a.a., "visto que os contratos submetidos ao SFH devem seguir dita limitação, conforme a Lei 4380/64". (fl. 409)

Finalmente, quanto à utilização da Tabela Price, o acórdão ora hostilizado afastou sua incidência, uma vez que acarretaria capitalização de juros, pelos seguintes fundamentos:

Pois, a bem da verdade, o método Price é constituído de fórmula de cálculo aritmético que permite aferir cobrança de juros compostos. E, por isso, não tem lógica afrontar a ciência exata dos números para afirmar que em certas ocasiões o cálculo demonstra a capitalização e, em outros, não.

Sendo um único modelo em referência não pode alcançar dois resultados distintos, salvo se o pretendido for para de-

monstrar a inexatidão da aritmética. Outrossim, se não capitalizasse, por certo o agente financeiro não teria interesse de recorrer. (fl. 410)

Sobreveio recurso especial, apoiado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional.

### **Do Coeficiente de Equiparação Salarial**

No que concerne à cobrança do CES, o recorrente sustenta violação ao art. 7º e 8º do Decreto n. 2.291/86, que atribuiu ao Conselho Monetário Nacional (CMN) a competência para orientar, controlar e baixar as resoluções necessárias para disciplinar o Sistema Financeiro da Habitação. Argumenta que, com base no aludido Diploma, o CMN editou a Resolução n. 1.446/88, que, em seu item XI, assim dispõe:

no cálculo dos encargos mensais dos financiamentos habitacionais pelo Sistema Financeiro da Habitação (SFH), será acrescido à remuneração mensal de que tratam a alínea "c" do item VII e alínea "d" do item VII desta Resolução, o Coeficiente de Equiparação Salarial (CES), caso tenha havido opção do mutuário pelo Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional.

Por outro lado, aduz o recorrente, "a incidência do CES, embora cause uma suave majoração no valor das prestações (geralmente 15%) traz efeitos benéficos aos mutuários. Isso porque o CES aumenta o poder de amortização da

prestação, podendo vir até mesmo a quitar antecipadamente o contrato em algumas situações. Não se perca de vista, também, que a função do CES é evitar a formação de saldo devedor residual, pelo descompasso gerado entre a correção das prestações e do saldo devedor, que é feita por critérios diverso no Plano de Equivalência Salarial". (fls. 422/423)

Sinaliza, por derradeiro, dissídio jurisprudencial quanto ao tema, indicando, como paradigma, acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

### **Do Sistema Francês de Amortização - Tabela Price**

Em relação à utilização da Tabela Price, o recorrente sustenta ser essa fórmula a única que se amolda ao preceituado no art. 6º, "c", da Lei n. 4.380/64, o qual, por sua vez, exige que "ao menos parte do financiamento, ou o preço a ser pago, seja amortizado em prestações mensais sucessivas, de igual valor, antes do reajustamento, que incluam amortização e juros". (fl. 425)

Acena, quanto ao ponto, divergência pretoriana, indicando, como paradigmas, acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e o REsp. 587639/SC, de relatoria do saudoso Min. Franciulli Netto.

### **Da incidência do Código de Defesa do Consumidor a contratos celebrados anteriormente à sua vigência**

No concernente à incidência do Estatuto Consumerista, o recorrente

defende sua inaplicabilidade, sugerindo ofensa ao art. 118 desse Diploma, além de violação ao art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. Argumenta, em síntese, que o fato de o CDC "ser norma de ordem pública não determina a sua aplicação sobre atos pretéritos, uma vez que esta característica não lhe altera a natureza. O CDC é Lei e, como tal, não pode incidir sobre atos pretéritos. O fato de uma lei ser ou não de ordem pública diz respeito tão somente à sua incidência cogente sobre as relações jurídicas por ela reguladas, independentemente de sua invocação pela parte interessada, diante da relevância da matéria tratada. A imperatividade das leis de ordem pública, entretanto, não implica a desconsideração aos princípios da irretroatividade e do ato jurídico perfeito, os quais são reafirmados pelos arts. 6º da LICC e 118 do CDC". (fls. 429/430)

A lastrear dissídio jurisprudencial, lista, como paradigma, acórdão proferido no REsp 334467/RS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 06/03/2003.

### **Da limitação dos juros remuneratórios em 10% a.a.**

Relativamente à taxa de juros, argumenta-se que o acórdão recorrido teria violado os arts. 5º e 6º, alínea "e", da Lei n. 4.380/64, e art. 4º, IX, da Lei 4.695/64. recorrente sustenta que a conclusão segundo a qual os juros seriam limitados em 10% a.a. decorre de interpretação equivocada dos arts. 5º e 6º, alínea "e", da Lei n. 4.380/64, porquanto

estes dispositivos teriam aplicação somente em certos casos específicos. Ademais, art. 5º teria sido revogado pelo Decreto-lei n. 19/66, cujo art. 1º dispõe que "em todas as operações de crédito do Sistema Financeiro da Habitação deverá ser adotada cláusula de correção monetária, de acordo com os índices de correção fixados pelo Conselho Nacional de Economia, para correção do valor das obrigações reajustáveis do Tesouro Nacional, e cuja aplicação obedecerá a instruções do Banco Nacional da Habitação". (fls. 431/432)

Por outro lado, *ad argumentandum tantum*, aduz que a limitação contida no art. 6º, alínea "e", da Lei n. 4.380/64, foi revogada pela Lei n. 4.595/64 e Resolução n. 389 do Banco Central do Brasil, que estabeleceram como parâmetro de reajuste das operações de bancos comerciais as taxas praticadas no mercado. (fl. 432)

Quanto ao tema relativo aos juros, colaciona como paradigma comprovador de divergência jurisprudencial o acórdão proferido no EREsp 415588/SC, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/09/2003

### **Do juízo de admissibilidade e da instauração do incidente a que se refereo art. 543-C do Código de Processo Civil**

Admitido o recurso especial na origem, os autos ascenderam a esta E. Corte Superior.

Considerando a multiplicidade de recursos acerca destes temas que ascendem diariamente a esta Cor-

te Superior, afetei o julgamento do presente à E. Segunda Seção, nos termos do art. 543-C do CPC, bem como da Resolução n. 08/2008, dando-se-lhes ciência e facultando-se-lhes manifestação à Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN -, ao Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC - e à Associação Nacional de Mutuários, nos termos do art. 3º, I, da Resolução n. 08/2008 do STJ.

### **Da manifestação da FEBRABAN**

A Federação Brasileira de Bancos, em longo arrazoado, no qual faz um retrospecto acerca das origens do Sistema Financeiro da Habitação, bem como seus institutos básicos, como o Coeficiente de Equiparação Salarial (CES) e o Plano de Equivalência Salarial (PES), opina no seguinte sentido: possibilidade de cobrança do CES quando pactuado; possibilidade de cobrança de juros compostos em contratos do SFH; inexistência de capitalização de juros na Tabela Price; impossibilidade de aplicação do CDC a contratos anteriores à sua vigência; inexistência de limitação de juros remuneratórios ao percentual de 10%.

### **Da manifestação do IBEDEC/DF**

O Instituto Brasileiro de Estudo e Defesa das Relações de Consumo opina no seguinte sentido:

Em relação à aplicabilidade do CDC: pela retroatividade dos princípios gerais do CDC aos contratos firmados a partir de 05 de outubro de 1988, data da promulgação da

Constituição Federal; ou pela aplicação do CDC a contratos de execução continuada firmados anteriormente à sua vigência, sobre atos e fatos ocorridos posteriormente; ou, ainda, pela possibilidade de aplicação das normas e princípios do CDC a contratos de execução continuada firmados anteriormente à sua vigência quando a lei for omissa.

No que concerne à cobrança do CES: pela sua ilegalidade em todos os contratos firmados após a extinção do BNH (21.11.1986), ou, alternativamente, nos contratos firmados entre a extinção do BNH e a edição da Lei nº 8.692 (28.07.1993), ou, sucessivamente, em caso de não atendimento dos pedidos acima, pela manutenção do entendimento esposado no REsp 827.648 e AgRg no REsp 893.558, no sentido de que antes da edição da Lei nº 8.692/93 não poderia ser cobrado o CES, nem se expressamente pactuado.

Relativamente à Tabela Price, pela ilegalidade de sua utilização, por estar embutida capitalização de juros.

No que toca à limitação de juros (art. 6º, alínea "e", da Lei nº 4.380/64: visando demonstrar o equívoco do atual entendimento do STJ, pela limitação de juros em 10% ao ano, nos contratos firmados até 27.07.1993, data da edição da Lei nº 8.692, nos termos do art. 6º, alínea "e", da Lei nº 4.380/64.

### **Das manifestações do *de- mais amici curiae***

As manifestações do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumi-

dor (IDEC), da Associação Nacional dos Mutuários e Associação Brasileira dos Mutuários da Habitação (ABMH), em linhas gerais, defendem as mesmas teses já relatadas quanto à manifestação do IBDEC/DF. No mesmo sentido da manifestação apresentada pela FEBRABAN, é a manifestação da Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança (ABECIP).

### **Do parecer do Ministério Público Federal**

Em parecer de lavra do e. Subprocurador-Geral da República Antônio Fonseca, opina o Ministério Público Federal pela impossibilidade da incidência do fator CES a contratos celebrados antes da Lei nº 8.692/93 e, aos celebrados posteriormente, pela possibilidade de cobrança, desde que pactuado; pela incidência das súmulas 05 e 07 no ponto relativo à Tabela Price; pela inaplicabilidade do CDC aos contratos celebrados antes da sua vigência; e pela inexistência de limitação de juros remuneratórios, com base no art. 6º, alínea "a", da Lei nº 4.380/64.

É o relatório.

### **VOTO**

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

#### **1. Preliminar**

1.1. Após a afetação deste processo a esta Segunda Seção, em 03.02.2009, a Primeira Seção, na assentada de 27.05.2009, ao apreciar questão de ordem no REsp. 880.026, de relatoria do e. Ministro Luiz Fux, decidiu também afe-

tar aquele recurso à e. Corte Especial.

Naquele caso, a afetação ocorreu para a apreciação de tema relativo à cobrança do Coeficiente de Equiparação Salarial (CES), que também é matéria do presente feito.

Neste e naquele caso, o tema afetado diz respeito à possibilidade de incidência do Coeficiente de Equiparação Salarial - CES - em contratos anteriores à edição da Lei n. 8.692/93.

Assim, entendendo prudente apreciar o tema (cobrança do CES) com efeitos apenas para o caso concreto, sem a extensão prevista no art. 543-C do CPC.

1.2. Por outro lado, o tema relativo à incidência do CDC aos contratos celebrados antes de sua vigência é irrelevante para o deslinde do caso concreto, uma vez que as ilegalidades apontadas no acórdão recorrido não tiveram como suporte a aplicação daquele Diploma, razão pela qual também entendo prudente não apreciar a matéria com o alcance previsto no art. 543-C do CPC, mas apenas em relação ao caso concreto.

1.3. Quanto aos demais assuntos afetados (utilização da Tabela Price e limitação dos juros remuneratórios), por entender que são de índole eminentemente privada, prossigo no seu julgamento, remetendo, de resto, às razões já expostas quando do julgamento de questão de ordem no REsp nº 1.067.237/SP, de minha relatoria, apreciada por esta e. Segunda Seção na assentada do dia 24.06.2009.

## **2. Da utilização da Tabela Price como fórmula de amortização da dívida**

Desde muito tempo têm chegado ao Poder Judiciário demandas ajuizadas por mutuários do Sistema Financeiro da Habitação cujas teses, de regra, direta ou indiretamente, giram em torno da cobrança abusiva de juros, notadamente, a prática de anatocismo, que é a cobrança de juros sobre juros (juros compostos ou capitalizados).

No afã de demonstrar eventual cobrança ilegal, os litigantes entregaram ao Judiciário uma pletora de conceitos oriundos da matemática financeira, como "taxa nominal", "taxa efetiva", "amortização constante", "amortização crescente", dentre outros. Nesse diapasão, encontram-se os diversos sistemas de amortização do mútuo contratado, que nada mais são do que fórmulas matemáticas utilizadas como instrumento para se chegar a um valor devido, dentro da periodicidade pactuada.

O Sistema Francês de Amortização (Tabela Price), malgrado seja o mais utilizado, também é o mais polêmico sistema aplicado em contratos de financiamento da habitação. Isso porque, de um lado, alega-se que a Tabela Price gera um distanciamento muito grande do valor mutuado inicialmente com o valor pago após calculados juros e correção monetária, o que sugere uma evolução não-linear da dívida, compatível com cobrança capitalizada de juros. De outro lado, se assim ocorre, tal prática seria incompatível com o Sistema Financeiro da Habitação, o qual, notori-

amente, tem como escopo principal facilitar a aquisição de habitação por parcela financeiramente menos beneficiada da população.

Mostra-se relevante a indagação acerca da existência de juros capitalizados, uma vez que somente nos casos expressamente autorizados por norma específica, como nos mútuos rural, comercial ou industrial, é que se admite tal prática, se expressamente pactuada, nos termos da jurisprudência condensada na Súmula 93/STJ e Súmula 121/STF.

Os contratos celebrados para aquisição da casa própria, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, são regidos por leis próprias, notadamente a Lei nº 4.380/64, a qual, somente em recente alteração legislativa (Lei nº 11.977 de 7 de julho de 2009), previu o câmpuo capitalizado de juros em periodicidade mensal.

Porém, até então, a jurisprudência da Casa é tranqüila em preceituar a impossibilidade de cobrança de juros capitalizados em qualquer periodicidade, nos contratos de mútuo celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação.

Nesse sentido, colaciono os seguintes paradigmas:

Direito civil e processual civil.  
Agravno no recurso especial.  
SFH.

Contrato de mútuo hipotecário.  
Capitalização de juros.

- O contrato de mútuo bancário vinculado ao SFH não admite pacto de capitalização de juros, em qualquer periodicidade.  
Precedentes.

Agravno no recurso especial não provido.

(AgRg no REsp 1029545/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 28/05/2008)

CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CONTRATO DE MÚTUA. ATUALIZAÇÃO. PLANO DE COMPROMETIMENTO DE RENDA. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. VEDAÇÃO. SÚMULA N. 121-STF. IMPROVIMENTO.  
(...)

II. Nos contratos de mútuo hipotecário é vedada a capitalização mensal dos juros, somente admitida nos casos previstos em lei, hipótese diversa dos autos. Incidência do art. 4º do Decreto n. 22.626/33 e da Súmula n. 121-STF.

III. Agravo desprovido.  
(AgRg no REsp 1048388/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 08/06/2009)

PROCESSUAL CIVIL. MÚTUA. SFH. PREQUESTIONAMENTO. FALTA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. UNIÃO. LITISCONSORTE PASSIVA. AFASTAMENTO. PRODUÇÃO DE PROVA. PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME FÁTICO. SÚMULA 7/STJ. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.  
(...)

4 - Não é permitida a capitalização de juros em contratos de financiamento pelo SFH, dada a ausência de autorização legislativa.

Precedentes.

5 - Recurso especial não conhecido.

(REsp 719.259/CE, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2005, DJ 22/08/2005 p. 301)

-----  
AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO REVISIONAL - MÚTUO HABITACIONAL - SFH - INADMISSIBILIDADE DE CAPITALIZAÇÃO DE JUROS, EM QUALQUER PERIODICIDADE - AGRAVO IMPROVIDO.

(AgRg no REsp 1008525/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/04/2008, DJe 13/06/2008)

-----  
AGRAVO REGIMENTAL. MÚTUO HABITACIONAL. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não é admitida a capitalização dos juros nos contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação.

2. Agravo regimental desprovido.  
(AgRg no REsp 932.287/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 11/05/2009)

-----  
Nesse mesmo sentido são os seguintes precedentes: AgRg no REsp 1068667/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 01/12/2008; AgRg no REsp 954.306/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/05/2008, DJe 20/06/2008.

Com efeito, partindo da premissa de que é vedada a capitalização de juros em qualquer peri-

odicidade nos contratos de mútuo celebrados no Sistema Financeiro da Habitação, as manifestações dos *amici curiae* representantes de categorias ligadas a mutuários ou consumidores tentam demonstrar que a utilização da Tabela Price, como método de amortização, violaria essa vedação. Trazem doutrina na área das ciências atuárias e matemáticas, gráficos de evolução de dívidas, bem como tabelas comparativas dos diversos sistemas de amortização. De outra parte, os *amici curiae* representantes das instituições financeiras, como a FEBRABAN, apregoam a inexistência de anatocismo na Tabela Price, trazendo também vasto material que julgam pertinente.

É que caberá à Corte, se for o caso, decotar os juros capitalizados, se demonstrada a prática de anatocismo.

Porém, não pode o STJ chegar a esta ou àquela conclusão mediante análise de fórmulas matemáticas - em relação às quais sequer os matemáticos chegam a um consenso -, ou mediante apreciação de gráficos ou planilhas de evolução comparativa da dívida, de modo genérico e valendo para todos os casos.

Nessa situação, cada caso em julgamento, envolvendo as fórmulas adequadas, resultará em um valor do saldo devedor. A apuração correta do *quantum*, por certo, demandará realização da necessária perícia.

Em realidade, na estreita via do recurso especial, não está a Corte vocacionada à análise de provas, sejam elas estampadas em fórmu-

las matemáticas, gráficos ou planilhas, por força do enunciado nas Súmulas 05 e 07.

A jurisprudência, quanto ao ponto, não vacila:

AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO. SFH. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. TABELA PRICE. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO.

(...)

- A existência, ou não, de capitalização de juros no sistema de amortização conhecido como Tabela Price, constitui questão de fato, a ser solucionada a partir da interpretação das cláusulas contratuais e/ou provas documentais e periciais.

Recurso Especial não conhecido. (REsp 740.632/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 05/03/2008)

CIVIL E PROCESSUAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CARTEIRA HIPOTECÁRIA. CONTRATO DE MÚTUO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. TABELA PRICE. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAR-SE A EXISTÊNCIA. SÚMULA N. 7 STJ.

I. Impossibilidade de se verificar a existência de capitalização na Tabela Price, conforme cognição das instâncias ordinárias. Revisão do conjunto probatório inadmissível no âmbito do recurso especial (Súmula n. 7 do STJ).

(...)

III. Agravo desprovido.

(AgRg no REsp 441.697/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 28/11/2006, DJ 26/02/2007 p. 593)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SFH. CONTRATO DE MÚTUO HABITACIONAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA. TABELA PRICE. CAPITALIZAÇÃO. SÚMULAS 5 E 7/STJ. ADOÇÃO DA TAXA REFERENCIAL - TR. POSSIBILIDADE. CRITÉRIO DE AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. FORMA SIMPLES. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

(...)

3 - Afastar o entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que o uso da Tabela Price não acarreta, no caso, capitalização dos juros ou anatocismo, importa em análise de cláusula contratual e em investigação probatória, atraindo os óbices das Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

(...)

(AgRg no REsp 989.790/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 25/05/2009)

AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE MÚTUO. SFH. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. IMPOSSIBILIDADE. TABELA PRICE. SÚMULAS NS. 5 E 7/STJ. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 557 § 2º, CPC.



(...)

2. Inviável, em sede de recurso especial, a verificação da existência da capitalização de juros no sistema de amortização da tabela price, por requerer tal procedimento o reexame de conteúdo fático-probatório e de cláusulas contratuais. Incidência das Súmulas ns. 5 e 7/STJ.

(...)

(AgRg no REsp 1068284/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009)

No mesmo sentido são os seguintes julgados: REsp 1035484/PR, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2008, DJe 26/11/2008; AgRg no REsp 1097229/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 05/05/2009; AgRg no REsp 1017556/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 02/02/2009.

2.1. Da tese a ser fixada para os efeitos do art. 543-C do CPC

Diante das considerações acima expostas, a tese a ser fixada com efeitos externos, nos termos do art. 543-C do CPC, é a seguinte:

Nos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade. Não cabe ao STJ, todavia, aferir se há capitalização de juros com a utilização da Tabela Price, por força das Súmulas 5 e 7.

### 3. Da limitação dos juros remuneratórios em 10% ao ano (art. 6º, alínea "e", da Lei nº 4.380/64)

A questão controvertida posta em julgamento diz respeito à correta exegese do art. 6º, alínea "e", da Lei nº 4.380/64, que faz referência também ao artigo anterior.

Os mencionados dispositivos estão assim redigidos:

Art. 5º Observado o disposto na presente lei, os contratos de vendas ou construção de habitações para pagamento a prazo ou de empréstimos para aquisição ou construção de habitações poderão prever o reajustamento das prestações mensais de amortização e juros, com a consequente correção do valor monetário da dívida toda a vez que o salário mínimo legal for alterado. (...)

Art. 6º O disposto no artigo anterior somente se aplicará aos contratos de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão, ou empréstimo que satisfaçam às seguintes condições: (...)

e) os juros convencionais não excedem de 10% ao ano;

Como se percebe, o *caput* do art. 6º prescreve uma condição de aplicabilidade do art. 5º, o qual, por sua vez, prevê a possibilidade de reajustamento do contrato.

Assim, prevendo o *caput* do art. 6º que o disposto no art. 5º somente se aplica aos contratos cujos "juros convencionais não excedem de 10% ao ano", resta implícito que

há contratos outros, permitidos pela Lei, cujos juros excedem a 10% ao ano, razão por que não se mostra lógica a tese segundo a qual o indigitado dispositivo prescreve uma limitação na taxa de juros remuneratórios.

A jurisprudência desta Corte está sedimentada nesse sentido.

O saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes Direito foi relator dos dois acórdãos proferidos nesta Segunda Seção que colocaram uma pá de cal na celeuma. O REsp 415.588/SC e o REsp 464.191/SC, julgados ambos em 24/09/2003.

Nessa ocasião, o e. Relator transcreveu as razões já manifestadas no julgamento do REsp 416780/SC, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/09/2002, e por singela homenagem a esse ilustre magistrado, transcrevo na íntegra os seus bem lançados fundamentos:

A meu sentir, a interpretação trazida pelo especial está correta. O dispositivo aplicado pelo Acórdão recorrido refere-se, especificamente, ao reajustamento previsto no artigo anterior, que disciplina a correção monetária dos contratos imobiliários. Dispõe que a previsão de "*reajustamento das prestações mensais e juros, com a consequente correção do valor monetário da dívida toda a vez que o salário mínimo for aumentado*" (art. 5º), somente se aplicará aos contratos que preencham as condições estabelecidas no art. 6º, dentre elas a de que o imóvel não tenha área total de construção superior a 100m², o valor da transação não ultrapasse

200 vezes o maior salário mínimo vigente no país e que os juros convencionais não excedam a 10% ao ano. Fica claro, portanto, que o dispositivo não trata da limitação de juros para os contratos, mas, sim, de condições para que seja aplicado o disposto no artigo anterior. E, no caso, *obiter dictum*, o imóvel negociado, segundo, a inicial, tem área superior a 100m². Com essas razões, eu conheço do especial e lhe dou provimento para afastar a incidência do art. 6º, e), da Lei nº 4.380/64.

As Turmas de direito privado possuem entendimento harmônico quanto ao ponto, verbis :

AGRAVO REGIMENTAL. MÚTUO HABITACIONAL. LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS EM 10%. INAPLICABILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORÇÃO.

1. O STJ entende que o artigo 6º, "e", da Lei nº 4.380, de 1964, não limitou os juros remuneratórios a 10% ao ano, mas tão-somente tratou dos critérios de reajuste de contratos de financiamento, previstos no artigo 5º do mesmo diploma legal.

(...)

(AgRg no REsp 943.347/AL, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 11/05/2009)

-----  
PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO REVISIONAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. (...)

VIII - O artigo 6º, alínea "e", da Lei nº 4.380/64, apenas dispõe sobre as condições para a aplicação do reajuste previsto no artigo 5º mesmo diploma normativo, não estabelecendo, portanto, limitação da taxa de juros.

(...)

(AgRg no REsp 957.604/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 01/12/2008)

Direito civil e processual civil. Agravo no recurso especial. Ação revisional. SFH. Tabela Price. Negativa de prestação jurisdicional.

(...)

- Resta firmado na Segunda Seção do STJ o entendimento de que o art. 6º, "e", da Lei nº 4.380/64 não estabelece a limitação da taxa de juros, mas, apenas, dispõe sobre as condições para aplicação do reajustamento previsto no art. 5º da mesma lei. Precedentes.

(...)

(AgRg no REsp 1036303/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 03/02/2009)

CIVIL. CONTRATO. MÚTUO. SFH. CDC. APLICAÇÃO. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. 10%. AFASTAMENTO. TABELA PRICE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. TR. INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS. COMPENSAÇÃO.

(...)

2 - O art. 6º, letra "e", da Lei nº 4.380/64, consoante entendimento da Segunda Seção, não trata de limitação de juros

remuneratórios a 10% ao ano, mas tão-somente de critérios de reajuste de contratos de financiamento, previstos no art. 5º do mesmo diploma legal.

(...)

(Resp 838.372/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2007, DJ 17/12/2007 p. 188)

CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CONTRATO DE MÚTUO ANTERIOR À LEI N. 8.692/1993. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITES.

I. A Egrégia Segunda Seção, por meio do REsp n. 415.588/SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, DJU de 01.12.2003, tornou indubitosa a exegese de que o art. 6º, "e", da Lei n. 4.380/1964, não limitou em 10% os juros remuneratórios incidentes sobre os contratos como o ora apreciado, devendo prevalecer aquele estipulado entre as parte (10,5% ao ano).

II. Recurso especial conhecido e provido.

(Resp 990.210/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2007, DJ 17/12/2007 p. 220)

No mesmo sentido, cito também os seguintes arestos: AgRg no Ag 822.730/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, QUARTA TURMA, Ag nº 1.107.328/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (monocrática), Ag nº 730.346/MS, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (monocrática).

3.1. Tese a ser fixada para efeitos do art. 543-C

Diante da jurisprudência pacífica desta Corte, merecedora de manutenção, a tese a ser firmada para o ponto é a seguinte: o art. 6º, alínea "e", da Lei nº 4.380/64, não estabelece limitação dos juros remuneratórios.

#### **4. Do julgamento do caso concreto**

4.1. Pretende o recorrente, primeiramente, restabelecer a cobrança do Coeficiente de Equiparação Salarial.

Porém, esta Corte Superior de Justiça, conquanto permita sua cobrança, exige a expressa pactuação. Não assentando o acórdão recorrido a existência ou não de pacto nesse sentido, a insurgência esbarra no óbice da Súmula 5.

Nesse sentido, confirmam-se os precedentes: AgRg no REsp 988.007/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 04/05/2009; AgRg no REsp 1059765/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 06/11/2008.

4.2. Em relação à utilização da Tabela Price, nos termos do exposto no presente voto, a insurgência esbarra no óbice da Súmula 7.

4.3. De outra parte, muito embora seja inaplicável o CDC no contrato em testilha, tal fato não resulta efeito prático no caso concreto, uma vez que as ilegalidades apontadas no acórdão não tiveram como suporte jurídico o Diploma Consumerista.

4.4. O recurso merece prosperar, todavia, no que concerne à limitação dos juros remuneratórios.

Conforme fixado na tese relativa ao ponto, o art. 6º, alínea "e", da Lei nº 4.380/64, não estabelece limitação dos juros remuneratórios, mas mera condição de aplicabilidade do artigo anterior.

#### **5. Dispositivo**

Diante do exposto, fixo as seguintes teses para efeitos do art. 543-C:

a) Nos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade. Não cabe ao STJ, todavia, aferir se há capitalização de juros com a utilização da Tabela Price, por força das Súmulas 5 e 7;

b) O art. 6º, alínea "e", da Lei nº 4.380/64, não estabelece limitação dos juros remuneratórios.

No caso concreto, conheço parcialmente do recurso especial e, na extensão, dou-lhe provimento, apenas para afastar a limitação imposta pelo acórdão recorrido no tocante aos juros remuneratórios.

É como voto.

#### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO**

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Para efeito de recurso repetitivo, restou decidido afastar-se o exame da tese da ilegalidade da Tabela Price, a ser definida em cada caso concreto, e que não há

limitação dos juros remuneratórios, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, Nancy Andrigli, João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de setembro de 2009.

Ricardo Maffei Martins - Secretário.



# Superior Tribunal de Justiça

**Recurso repetitivo. Cadastros restritivos. Notificação. Prova de recebimento.**

## EMENTA OFICIAL

Direito processual civil e bancário. Recurso especial. Inscrição em cadastro de proteção ao crédito. Prévia notificação.

Desnecessidade de postagem da correspondência ao consumidor com aviso de recebimento. Suficiência da comprovação do envio ao endereço fornecido pelo credor.

I- Julgamento com efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC.

- Para adimplemento, pelos cadastros de inadimplência, da obrigação consubstanciada no art. 43, §2º, do CDC, basta que comprovem a postagem, ao consumidor, do correspondência notificando-o quanto à inscrição de seu nome no respectivo cadastro, sendo desnecessário aviso de recebimento.

- A postagem deverá ser dirigida ao endereço fornecido pelo credor.

II- Julgamento do recurso representativo.

- A Jurisprudência do STJ já se pacificou no sentido de não exigir que a prévia comunicação a que se refere o art. 43, §2º, do CDC, seja promovida mediante carta com aviso de recebimento.

- Não se conhece do recurso especial na hipótese em que o Tribunal não aprecia o fundamento atacado pelo recorrente, não obstante a oposição de embargos declaratórios, e este não veicula sua irresignação com

fundamento na violação do art. 535 do CPC. Súmula 211/STJ.

- O STJ já consolidou sua jurisprudência no sentido de que "a ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, §2º do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistia inscrição desabonadora regularmente realizada." (Recurso Especiais em Processos Repetitivos nºs 1.061.134/RS e 1.062.336/RS)

Não se conhece do recurso especial quando o entendimento firmado no acórdão recorrido se ajusta ao posicionamento do STJ quanto ao tema. Súmula n.º 83/STJ.

Recurso especial improvido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao Recurso Especial. Para efeito de recurso repetitivo, decidiu-se bastar a comprovação da postagem notificando o consumidor da inscrição de seu nome no cadastro, sendo desnecessário aviso de recebimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Minis-

tros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Vasco Della Giustina, Paulo Furta-do, Honildo Amaral de Mello Cas-tro, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Sustentaram, oralmente, o Dr. DEIVTI DIMITRIOS PORTO DOS SAN-TOS, pelo Recorrente MAURÍCIO CAE-TANO JUNQUEIRA, o Dr. MÁRIO LUIZ DELGADO, pela Recorrida CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE PORTO ALEGRE - CDL e o Dr. JEFFERSON SAN-TOS MENINI, pelo SERASA.

Brasília (DF), 09 de setembro de 2009 (Data do Julgamento).

Ministra Nancy Andrichi - Relatora

REsp 1083291 - RS (2008/0189838-6). DJE 20/10/2009

## RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por Maurício Caetano Junqueira, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, em desfavor de acórdão proferido pelo TJ/RS.

Ação: O recorrente ajuizou ação indenizatória em face da Câmara de Dirigentes Lojistas de Porto Alegre - CDL/PoA, afirmando que seu nome foi incluído em cadastro de inadimplentes, sem prévia notificação, razão pela qual faz jus à repara-ção dos danos morais sofridos e ao cancelamento do registro negativo.

Foi formulado, na inicial, pedi-do de assistência judiciária gratui-ta, deferido pelo juízo (fl. 11).

Em contestação, a CDL/PoA, en-tre outras matérias, argumenta que

cumpriu sua obrigação de prévia notificação relativa aos aponta-mentos lançados diretamente em seu banco de dados, mediante en-vio de correspondência ao consu-midor (fls. 129 a 132), em que pese não tê-lo feito mediante carta com Aviso de Recebimento (AR).

Sentença: Extinguiu o processo, por ilegitimidade passiva, no que diz respeito aos registros abertos por outras entidades, e, no que diz res-peito aos registros abertos no banco de dados da recorrida, julgou impro-cedentes os pedidos, considerando determinante o fato de haver várias anotações contra o recorrente.

Acórdão: O TJ/RS deu parcial provimento à apelação, para can-celar parte dos registros, afastan-do, no entanto, os danos morais. Eis a ementa:

"APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉ-DITO. DANOS MORAIS E PEDIDO DE CANCELAMENTO DE REGIS-TRO. LEGITIMAÇÃO PASSIVA. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. VÁRIOS APONTAMENTOS. PREJUÍZO EXTRAPATRIMONIAL NÃO VERI-FICADO. DEVER DE REPARAR INEXISTENTE. EXCLUSÃO DE APONTAMENTOS IRREGULARES. 1. É a CDL de Porto Alegre parte legítima para responder pelos eventuais erros dos registros efetuados por outros integrantes do sistema, à medida que disponibiliza a consulta e divul-gação dos mesmos, fazendo to-das as entidades parte de rede nacional de proteção ao crédito. 2. Hipótese em que a autora pos-sui extensa lista de apontamen-



tos negativos, não se verificando os pretendidos danos morais, sobretudo presumidos, face às peculiaridades do caso concreto. 3. A falta da notificação antecipada em relação aos apontes, todavia, enseja o cancelamento dos mesmos.

Rejeitada a preliminar e provida em parte a apelação."

No corpo do acórdão, verifica-se que o TJ/RS determinou o cancelamento de todas as anotações de débitos oriundos dos cadastros mantidos pelo BACEN (CCF/CRC), com fundamento na falta de notificação prévia. Para o Tribunal, "*os bancos de dados, por se tratarem de entidades privadas, não estão subordinados à normatização do BACEN atinente à matéria*". Assim, "*se os órgãos de proteção ao crédito registram e divulgam, por meio de convênio, a relação do CCF emitida pelo Banco Central, o fazem por interesse próprio e de seus associados, sujeitando-se então às disposições do Código de Defesa do Consumidor*" (fl. 217).

No que diz respeito aos demais apontamentos, o TJ/RS determinou o cancelamento apenas de parte deles, com fundamento em que o prévio aviso foi remetido para endereço distinto do que consta da petição inicial, e considerou todos os demais registros regulares, uma vez que precedidos de notificação, por carta. Não se exigiu que o envio da correspondência fosse promovido com Aviso de Recebimento.

Embargos de declaração: interpostos por ambas as partes, foram rejeitados pelo TJ/RS.

Recurso Especial: Sustentou haver violação aos arts. 14 e 43, §2º do CDC, bem como aos arts. 186 e 927 do CC/02, além de dissídio pretoriano. Tal violação é arguida sob duas óticas, a saber:

(i) a prévia notificação a que se refere a Lei deveria ser promovida por carta com Aviso de Recebimento;

(ii) o dano moral deve ser indenizado porquanto ao menos parte dos apontamentos foram incluídos sem prévia comunicação, conforme reconhecido pelo Tribunal.

Juízo Prévio de Admissibilidade: Apresentadas contra-razões, o recurso especial foi admitido na origem (fls. 351 e 351vº).

Instauração do Incidente do art. 543-C do CPC: Diante da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o julgamento do presente Recurso Especial foi afetado à Segunda Seção desta Corte, cumprindo o rito do art. 543-C do CPC e da Resolução nº 08/08.

A questão a ser dirimida mediante o procedimento de Recursos Repetitivos, porém, resume-se à apuração da *necessidade de comprovação, mediante A.R., do recebimento pelo devedor da correspondência mediante a qual ele é cientificado previamente da inscrição de seu nome em cadastros de inadimplentes*. As demais matérias aviadas no recurso não serão objeto do julgamento para recursos repetitivos, uma vez que já se pacificou o entendimento do STJ acerca de todas elas por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos nºs 1.061.134/RS e 1.062.336/RS (ambos de mi-

nha relatoria, julgados em 10/12/2008 pela 2ª Seção/STJ). Tais temas, portanto, serão objeto apenas do julgamento da controvérsia individual.

Em suma, as entidades acima listadas se posicionaram da seguinte forma quanto à controvérsia *sub judice*:

1) O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB manifestou-se (fls. 411 a 415) no sentido de considerar imprescindível a comprovação, mediante AR, da comunicação ao devedor de sua inscrição em cadastro de inadimplentes. O motivo é o de que "*toda a legislação consome-rista, para ser interpretada em conformidade com a Constituição, deve ser interpretada favoravelmente ao consumidor*". Para o Conselho, "*se a comunicação a que alude o §2º do art. 43 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor não for pessoal, mediante AR, e prévia, restará (sic) não atendidas as suas finalidades essenciais*".

2) A Serasa S/A manifestou-se a fls. 424 a 432, defendendo a manutenção da jurisprudência que, afirma, já está consolidada nesta Corte, dispensando a comprovação, por AR, da comunicação postada ao devedor. Para o Serasa, basta a comprovação do envio da comunicação ao endereço correto.

Não se manifestaram, em que pese notificadas, a Câmara dos Dirigentes Lojistas de Porto Alegre, o IDEC, E O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça (fl. 443).

Parecer do Ministério Público Federal: subscrito pelo i. Subprocurador-Geral da República, Dr.

Washington Bolívar Júnior, opina pelo improvimento do recurso.

Em suma, as entidades acima listadas se posicionaram da seguinte forma quanto à controvérsia *sub judice*:

1) O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB manifestou-se (fls. 411 a 415) no sentido de considerar imprescindível a comprovação, mediante AR, da comunicação ao devedor de sua inscrição em cadastro de inadimplentes. O motivo é o de que "*toda a legislação consome-rista, para ser interpretada em conformidade com a Constituição, deve ser interpretada favoravelmente ao consumidor*". Para o Conselho, "*se a comunicação a que alude o §2º do art. 43 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor não for pessoal, mediante AR, e prévia, restará (sic) não atendidas as suas finalidades essenciais*".

2) A Serasa S/A manifestou-se a fls. 424 a 432, defendendo a manutenção da jurisprudência que, afirma, já está consolidada nesta Corte, dispensando a comprovação, por AR, da comunicação postada ao devedor. Para o Serasa, basta a comprovação do envio da comunicação ao endereço correto.

Não se manifestaram, em que pese notificadas, a Câmara dos Dirigentes Lojistas de Porto Alegre, o IDEC, E O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça (fl. 443).

Parecer do Ministério Público Federal: subscrito pelo i. Subprocurador-Geral da República, Dr. Washington Bolívar Júnior, opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

### Delimitação do Julgamento

A natureza do procedimento do art. 543-C do CPC visa unificar o entendimento e dar a orientação aos futuros julgamentos dos recursos especiais com idêntica questão de direito.

Na decisão que instaurou o Incidente de Recurso Repetitivo, determinei fossem suspensos os processamentos dos recursos especiais que "*versem sobre a necessidade de comprovação, mediante AR, do recebimento pelo devedor da correspondência mediante a qual ele é cientificado previamente da inscrição de seu nome em cadastros de inadimplentes*".

As questões referentes: (i) à legitimidade passiva da entidade mantenedora do cadastro; e (ii) à obrigação de envio das correspondências, independentemente da veracidade do débito inscrito; já foram objeto do Recurso Especial em matéria repetitiva nº 1.061.134/RS. No que concerne às questões relativas: (iii) ao dano moral advindo do descumprimento do dever de pré-

via comunicação; ou (iv) à descaracterização do dano moral nas hipóteses de múltiplo registro, trata-se de temas abrangidos pelo julgamento do Recurso Especial em matéria repetitiva nº 1.062.336/RS. Nenhum desses temas, portanto, será abrangido por este julgamento.

### Julgamento das questões idênticas que caracterizam a multiplicidade - art. 543-c, § 7º, do CPC

#### *Prévia comunicação sem o aviso de recebimento*

A 2ª Seção desta Corte pacificou o entendimento de que o dever fixado no §2º do art. 43 do CDC, de comunicação prévia do consumidor acerca da inscrição de seu nome em cadastros de inadimplentes, considera-se cumprido pelo Órgão de Manutenção do Cadastro com o envio de correspondência ao endereço fornecido pelo credor, sendo desnecessária a comprovação da ciência do destinatário mediante apresentação de Aviso de Recebimento (AR).

Os Ministros que compõem esta 2ª Seção já tiveram a oportunidade de apreciar o tema, conforme se verifica nos julgados da tabela abaixo:

Desnecessidade de comprovação do recebimento da comunicação por AR (art. 43, §2º, do CDC)		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
Fernando Gonçalves	AgRg no Ag 1.019.370/RJ - DJ de 23.6.2008	4ª Turma
Aldir Passarinho Junior	Ag 1.083.127/RS - DJ de 10.12.2008	Unipessoal
Nancy Andrighi	REsp 1.087.132/RS - DJ de 2.2.2009	Unipessoal
João Otávio de Noronha	REsp 1.036.919/RJ - DJe de 3.11.2008	4ª Turma
Massami Uyeda	REsp 1.065.096 - DJ de 23.9.2008	3ª Turma
Sidnei Beneti	AgRg no REsp 1.058.904/RJ - DJe de 3.10.2008	3ª Turma
Luis Felipe Salomão	REsp 926.683/RO - DJ de 5.11.2008	Unipessoal
Vasco Della Giustina	Ag. 730.946/RJ - DJ de 18/8/2009	Unipessoal
Paulo Roberto Bastos Furtado	AgRg 727440/RJ - DJe 17/6/2009	3ª Turma

A constatação da existência de todos esses julgamentos leva à consolidação, nesta oportunidade, do entendimento contrário à prévia comunicação por AR.

É importante, porém, fazer, aqui, uma observação. Os precedentes que tratam da matéria têm se dividido em dois grupos. Por um lado, há acórdãos nos quais, interpretando o §2º do art. 43 do CDC esta Corte tem afirmado, de maneira direta, que não há obrigação, para os cadastros, de comunicar os consumidores mediante AR. E, há acórdãos que têm simplesmente aplicado o óbice da Súmula 7/STJ, ponderando que apreciar a validade da comunicação consubstancia matéria de fato.

Esse segundo grupo de precedentes, aplicando a Súmula 7/STJ, por vezes valida acórdãos no qual o AR foi *dispensado* mas, também, por outras, valida acórdãos nos quais o AR foi *exigido* (v.g. REsp 698.045, Min. César Asfor Rocha, decidindo mediante decisão unipessoal, DJ de 1º/8/2006; e AgRg no REsp 620.284/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 6/12/2004).

Essa variação não pode ser mantida. Entendo que a hipótese não é de aplicação da Súmula 7/STJ, salvo em situações verdadeiramente excepcionais. Com efeito, apurar se o §2º do art. 43 do CDC estipula ou não a obrigação de manter AR quanto à comunicação do consumidor é uma autêntica questão de direito, a ser dirimida colocando-se em perspectiva os princípios que regem o sistema do CDC, e os interesses que o Código

visa a proteger. Se o STJ furtar-se de apreciar a questão, poderá corroborar acórdãos que a julgam ambos os sentidos, em prejuízo da coerência do sistema e da segurança jurídica.

Traçando o histórico dos julgamentos promovidos pelo STJ sobre a matéria, nota-se que um dos *primeiros precedentes citados* é o AgRg no Ag 833.769/RS (Rel. i. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, DJ de 12/12/2007). Eis a ementa desse julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA.

- Não merece provimento recurso carente de argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada.

- No caso, a agravada cumpriu o Art. 43, § 2º, do CDC, notificando por escrito o consumidor, no endereço fornecido pelo credor.

Não há nada na lei a obrigar o órgão de proteção ao crédito a notificar por meio de aviso de recebimento, nem verificar se o notificado ainda reside no endereço, cabendo-lhe apenas comprovar que enviou a notificação.

(AgRg 833.769/RS, Rel. i. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, DJ de 12/12/2007)

No corpo desse acórdão, o i. Min. Relator pondera que "*o caso não é de incidência da Súmula 7*", acrescentando que "*exige-se, apenas, que a notificação se dê por escrito, comprovando a administra-*

*dora a emissão da notificação prévia para o endereço fornecido pela credora associada." O Min. Humberto Gomes de Barros, nesse precedente, observa que "nada há na lei a obrigar o órgão de proteção ao crédito a notificar por meio de aviso de recebimento, nem a verificar se o notificado ainda reside no endereço, cabendo-lhe apenas comprovar que enviou a notificação".*

A interpretação mais adequada que se pode dar ao silêncio do §2º do art. 43, do CDC, é no sentido da *desnecessidade da comprovação, mediante AR, da comunicação sobre a inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplência. Basta que a mantenedora do cadastro comprove o envio da missiva.*

A correspondência, nos termos da jurisprudência consolidada, deve ser remetida ao *endereço fornecido pelo credor* à empresa mantenedora do cadastro. Nesse sentido, por todos, cite-se o seguinte precedente:

**INSCRIÇÃO. CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. NOTIFICAÇÃO. ENDEREÇO.**

1. O órgão de proteção ao crédito tem o dever de notificar previamente o devedor a respeito da inscrição promovida pelo credor (Art. 43, § 2º, CDC).

2. A notificação deve ser enviada ao endereço fornecido pelo credor.

3. Não comete ato ilícito o órgão de proteção ao crédito que envia a notificação ao devedor no endereço fornecido pelo credor. (REsp 893.069/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, DJ de 31/10/2007)

## **Consolidação da jurisprudência**

Consolida a 2ª Seção desta Corte o entendimento de que basta, para cumprimento do dever estabelecido no §2º do art. 43, do CDC, que Órgãos Mantenedores de Cadastros Restritivos comprovem o envio de correspondência ao endereço fornecido pelo credor, sem que seja necessário a comprovação do efetivo recebimento da carta, mediante AR.

## **Julgamento do recurso representativo**

1. A necessidade de aviso de recebimento nas correspondências a que alude o art. 43, §2º do CDC.

A Jurisprudência do STJ já se pacificou no sentido de não exigir que a prévia comunicação a que se refere o art. 43, §2º, do CDC, seja promovida mediante carta com aviso de recebimento, consoante os precedentes supra citados.

Vale lembrar que a jurisprudência do STJ é uniforme ao estabelecer que "*embora se refira apenas ao recurso especial fincado na divergência jurisprudencial, a Súmula 83 aplica-se ao recurso especial arrimado na alínea 'a' quando o acórdão recorrido se afinar à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*" (AgRg no Ag 723.758/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 02.05.2006; no mesmo sentido AgRg no Ag 653.123/RS, 3ª Turma, minha relatoria, DJ 18.04.2005).

2. A eficácia probatória dos documentos de envio de correspondências.

O recorrente alega que "*a notificação prévia não deve ser aceita,*

*pois os documentos das fls. 138 à 148 não são documentos do correio, mas sim de empresa franqueada pela apelada para enviar as comunicações prévias".*

O TJ/RS limitou-se a afirmar, no acórdão impugnado, que a recorrida comprovou o envio de correspondências prévias ao recorrente. Não se desceu, no julgamento, à minúcia de verificar se tal comprovação teria sido promovida mediante documentos oriundos da agência de correios, ou de mero extrato emitido por empresa franqueada. Conquanto essa questão tenha sido abordada nos embargos de declaração interpostos, o TJ/RS insistiu na omissão, de modo que, para conhecimento da matéria, seria imprescindível que o recurso especial tivesse sido interposto com a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC. Não havendo a impugnação de tal norma legal, o recurso, neste ponto, esbarra no óbice das Súmulas 211/STJ e 356/STF.

3. Indenização pelo dano moral (arts. 43, §2º, do CDC, 186 e 927 do CC/02).

O STJ já consolidou sua jurisprudência no sentido de que "*a ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, §2º do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistia inscrição desabonadora regularmente realizada.*" Tal orientação foi reafirmada por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais em Processos Repetitivos nºs 1.061.134/RS e 1.062.336/RS (de

minha relatoria, julgados em 10/12/2008). Conquanto tenha restado vencida à época, pois considero que a existência de prévios registros não retira o direito do consumidor à indenização pelo dano moral causado, devendo apenas ser considerado no momento da fixação do respectivo montante, devo me curvar ao posicionamento consolidado desta Corte.

Na hipótese dos autos, uma parte dos registros, cujo cancelamento se requereu, foi mantida pelo TJ/RS porque houve, em relação a ela, prévia comunicação mediante procedimento regular. Assim, configurada a multiplicidade de inscrições que afasta o dever de indenizar.

#### 4. Divergência jurisprudencial.

O recurso, quanto à divergência, aborda as mesmas matérias impugnadas no capítulo relativo à violação de lei federal. Assim, a solução dada ao recurso quanto à alínea "a" do permissivo constitucional, deve necessariamente ser estendida à impugnação feita com base na alínea "c".

#### 5. Dispositivo.

Forte em tais razões, NEGOU PROVIMENTO ao recurso especial.

### VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, também acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora, negando provimento ao recurso especial, destacando que eu me filiava, inicialmente, à tese da aplicação da Súmula 7, mas, de fato, como existe divergência entre os tribunais e

entre algumas câmaras de um mesmo tribunal, é realmente necessário que entendamos que se cuida aqui de matéria de direito, porque, em essência, é questão do cumprimento ou não do art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, penso que se deve realmente enfrentar essa questão, como bem fez a eminente Ministra Relatora, e, na mesma linha, voto com S. Exa. quanto à inexigibilidade de que a comunicação se faça por aviso de recebimento.

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO**

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Espe-

cial. Para efeito de recurso repetitivo, decidiu-se bastar a comprovação da postagem notificando o consumidor da inscrição de seu nome no cadastro, sendo desnecessário aviso de recebimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado

do TJ/BA), Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Fernando

Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 09 de setembro de 2009.

Ricardo Maffeis Martins - Secretário.





# Superior Tribunal de Justiça

## Honorários advocatícios. Desistência do autor. Advogado empregado.

### DECISÃO

Trata-se de Agravo de Instrumento de decisão que inadmitiu Recurso Especial (art. 105, III, "c", da CF/88) interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO FEITO POR DESISTÊNCIA DO AUTOR. CONDENÇÃO EM HONORÁRIOS.

É indevida a verba honorária se a desistência da ação ocorrer antes de ingressar nos autos advogado do réu, ou se não demonstrado prejuízo da parte demandada com o ajuizamento da demanda. Ademais, em se tratando da CEF, que não precisa contratar e pagar advogado para formulação de contestação, haja vista que os procuradores fazem parte do quadro funcional e recebem vencimentos mensais para atuar em todas as causas em que a empresa pública estiver envolvida (fl. 50).

A agravante aponta dissídio jurisprudencial sob o argumento de que o acórdão recorrido diverge do entendimento firmado pelo STJ no sentido de que "incumbe ao desistente o pagamento das verbas honorárias após a citação válida do réu para apresentar contestação" (fl. 59).

Contraminuta apresentada (fls. 89-94-96).

É o relatório.

AI 1152436 - RS (2009/0019508-2). DJE 26/08/2009

### Decido.

Os autos foram recebidos neste Gabinete em 30.6.2009.

A irresignação merece prosperar.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, em função do princípio da causalidade, é cabível a condenação em honorários advocatícios na hipótese de o pedido de desistência da ação ter sido protocolado após a ocorrência da citação da ré, ainda que em data prévia à apresentação da contestação.

Confirmam-se os julgados:

PROCESSUAL CIVIL - PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - CONDENÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A controvérsia essencial dos autos restringe-se à possibilidade de condenação, ao pagamento de honorários advocatícios, da parte que desistiu do feito após a citação do réu e a apresentação da respectiva contestação.

2. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de condenar,

em honorários advocatícios, a parte que desistir da ação, na hipótese da ocorrência da citação do réu e a apresentação da respectiva contestação, em função do Princípio da Causalidade.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 664959/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 02/06/2008, grifei)

PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 20, DO CPC. ARTIGO 267, VIII DO CPC.

1. A extinção do processo sem resolução de mérito em razão de pedido expresso da parte (art. 267, VIII - CPC) importa na sua condenação na verba honorária, à luz do artigo 20, do CPC.

2. É inequívoco que, se o processo extingue-se sem exame de mérito, o vencido é a parte que formulou pedido que não pode ser mais examinado.

3. Se a desistência ocorre antes da citação, o autor responde apenas pelas custas e despesas processuais, mas não por honorários de advogado. Requerida depois da citação, a desistência da ação acarreta par ao autor o dever de suportar os honorários de advogado da parte contrária (In, Nelson Nery Junior, Código de Processo Civil Comentado, 10ª edição, Revista dos Tribunais, artigo 26, página 236)

4. In casu, são devidos honorários advocatícios porque a par-

te autora requereu a desistência do feito após a contestação.

5. Precedentes: REsp 858.922/PR, DJ 21.06.2007; AgRg nos EDcl no REsp 641.485/RS, DJ 14.12.2007.

6. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 866.036/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 14/05/2008)

PROCESSUAL. AÇÃO CAUTELAR. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. CITAÇÃO DO DEMANDADO CONSUMADA. APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO. DEVER DE PAGAR VERBA HONORÁRIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Se apesar de apresentado o pedido de desistência da ação, procedeu-se a citação da parte demandada e esta constituiu e pagou advogado, oferecendo contestação, é devido o pagamento da verba honorária pois não pode o réu sofrer prejuízo a que não deu causa.

2. Na hipótese vertente, o réu não teve oportunidade de acesso aos autos e ofereceu contestação antes de ter ciência da desistência.

3. Recurso Especial provido. (REsp 244.040/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/04/2000, DJ 15/05/2000 p. 144, grifei)

Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido assentou que o pedido de desistência da ação foi apresentado em 19.12.2007, tendo a sentença de extinção do feito sido publicada anteriormente à protocolização da contestação, em 30.11.1998.

Nesse contexto, verificado que a agravante, após ter sido citada, apresentou contestação, ainda que em data posterior à publicação da sentença, impõe-se o pagamento da verba honorária, a fim de evitar que esta suporte prejuízo a que não deu causa.

Diante do exposto, conheço do Agravo de Instrumento, nos termos do art. 544, § 3º, do CPC, para dar provimento ao Recurso Especial.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília (DF), 23 de julho de 2009.

Ministro Herman Benjamin -  
Relator.



# Tribunal Regional Federal da 4ª Região

## Licitação. Participação de Cooperativa. Contratação de mão-de-obra.

### EMENTA OFICIAL

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVA NO CERTAME. VALIDADE DO ACORDO FIRMADO ENTRE O MPT E A AGU.

1. Consoante entendimento consolidado pela Corte Especial do E. STJ, não há possibilidade de cooperativas se habilitarem em licitação para a contratação de mão-de-obra pela Administração Pública quando o labor, por sua natureza, demanda necessidade de subordinação, sendo perfeitamente válido o acordo firmado entre a União e o MPT nos autos de ação civil pública.

2. Observância do pacto judicializado também pelos órgãos da Administração indireta, como é o caso da CEF. Sentença mantida.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 29 de julho de 2009.

Des<sup>a</sup>. Federal Marga Inge Barth Tessler, Relatora.

AC 2003.71.00.027000-8/RS - DE 06/08/2009

### RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta contra sentença (fls. 316-321) que julgou improcedente o pedido constante da inicial para adjudicar à autora o objeto do contrato oriundo da licitação, modalidade pregão nº 15/2003, condenando a parte autora nos ônus sucumbenciais e fixando a verba honorária em R\$ 2.000,00.

Em suas razões (fls. 335-379), sustentou a apelante, basicamente, que: a) é nula a sentença, por ser *extra petita*, pois a julgadora não se limitou a apreciar o pedido de adjudicação no contrato, examinando o seu direito a participar da licitação; b) o fato de ser cooperativa, inexistindo subordinação, não deveria impedir sua participação em licitação; c) o acordo firmado entre a União e o MPT não se estenderia à CEF, pois encerra mera recomendação, não incorrendo a CEF em nenhuma punição caso contrate com cooperativa. Insiste na tese de que devida a sua adjudicação, pois a própria Constituição estimula o cooperativismo.

Com contra-razões às fls. 383-391, subiram os autos.

É o relatório.

## VOTO

Preliminarmente, afasto a alegação de que nula a sentença, por ser *extra petita*, haja vista que a questão de 'poder participar' de procedimento licitatório é prejudicial ao pedido de adjudicação, compreendendo-se na causa de pedir, razão pela qual não se verifica a nulidade alegada.

Quanto ao mérito, isto é, a legalidade de se rejeitar a contratação dos serviços da cooperativa, consigno que, muito embora não ignore a corrente jurisprudencial que acolhe a tese da recorrente, prestígio o entendimento desta Colenda 4ª Turma e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual é legal o acordo firmado entre a União e o MPT nos autos da ACP nº 1.082/2002, processada perante a 20ª Vara Trabalhista de Brasília, do qual decorre a recomendação de impedir a participação de cooperativas de mão-de-obra em licitações para prestações de serviços a órgãos da Administração Pública, direta ou indireta.

Neste sentido transcrevo os precedentes abaixo, destacando que no julgamento do primeiro deles integrei o colegiado e acompanhei o eminente Desembargador Federal Valdemar Capeletti, relator:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. COOPERATIVA DE TRABALHO OU SERVIÇOS. Não é ilegal a vedação, em edital, da participação de cooperativas de mão-de-obra em licitação de serviços promovida por entidade governamental. (TRF4, APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2003.71.10.015422-5, 4ª Turma,

Des. Federal VALDEMAR CAPELETTI, POR UNANIMIDADE, D.E. 17/06/2008)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. COOPERATIVA DE TRABALHO. As cooperativas de trabalho estão impedidas de contratar com a Administração Pública. A restrição à participação de cooperativas de trabalho em licitações está amparada por acordo celebrado entre o Ministério Público do Trabalho e a união. (TRF4, APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2004.71.00.004932-1, 4ª Turma, Des. Federal VALDEMAR CAPELETTI, D.J.U. 22/03/2006) ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA - PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVA NO CERTAME - CONTRATAÇÃO DE ENTE COOPERADO - IMPOSSIBILIDADE, NA HIPÓTESE ESPECÍFICA DO CASO DOS AUTOS - VALIDADE DO ACORDO FIRMADO ENTRE O MPT E A AGU.

1. A agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa do provimento ao agravo regimental.

2. A Corte Especial do STJ já pontuou a questão de as cooperativas se habilitarem em licitação para a contratação de mão-de-obra, concluindo pela impossibilidade quando o labor, por sua natureza, demandar necessidade de estado de subordinação.

3. Nos termos do art. 131, caput, da CF/88, é competência da Advocacia-Geral da União, diretamente ou através de órgão vinculado, representar judicial e

extrajudicialmente a União, de sorte que o acordo por ela firmado obriga toda a administração pública federal.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 947.300/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 16/12/2008)

AGRAVO REGIMENTAL - SUSPENSÃO LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA - DEFERIMENTO - COOPERATIVA DE MÃO-DE-OBRA - LICITAÇÃO - TERMO DE ACORDO FIRMADO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS CONFIGURADAS.

1. Na contratação de empresa comercial fornecedora de mão-de-obra pode a administração precaver-se do risco de pagar duas vezes por um mesmo serviço, exigindo, a cada liberação do pagamento pelos serviços contratados, a apresentação do comprovante de quitação da empresa para com as obrigações trabalhistas e previdenciárias de seus empregados, precaução impossível de ser tomada em se tratando de cooperativa, pois, nesse caso, não há reconhecimento prévio de vínculo empregatício entre o cooperado e a cooperativa que a obrigue ao pagamento de tais verbas. Ameaça de lesão à economia pública decorrente da possibilidade de, em contratando mão-de-obra cooperativada, vir a administração a ser condenada, em ação trabalhista, a pagar duas vezes por um mesmo serviço prestado, por não haver

meios de acautelar-se preventivamente.

(...)

3. Permanecendo válido termo de acordo firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União, pelo qual a União se obrigou a não contratar trabalhadores por meio de cooperativas de mão-de-obra para prestação de serviços ligados às suas atividades fim ou meio, quando o labor, por sua natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, quer em relação ao fornecedor de serviços, a inobservância dessa diretriz por quaisquer dos órgãos da administração pública federal, configura ameaça de lesão à ordem pública, aqui compreendida a ordem administrativa;

4. Agravo Regimental não provido. (AgRg na SS 1.352/RS, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/11/2004, DJ 09/02/2005 p. 165)

Destaco que também em decisão monocrática pronunciei-me nesse mesmo sentido ao receber, recentemente, o AI nº 2009.04.00.004925-9/RS (decisão publicada em 30.03.2009).

Por fim, observo que o fato de não ser imputada à CEF punição pelo eventual descumprimento da recomendação expedida pela União não tem o condão de autorizar a instituição a contratar com a autora à margem da vedação, haja vista a obrigatoriedade da observância do acordo judicializado, firmado pelo órgão competente, ainda que

não haja previsão expressa de consequência prejudicial.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

É o voto.

Des<sup>a</sup>. Federal Marga Inge Barth Tessler, Relatora.

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO**

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 29/07/2009, na sequência 175, disponibilizado no DE de 20/07/2009, da

qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a DEFENSORIA PÚBLICA e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 4ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Regaldo Amaral Milbradt, Diretor de Secretaria.