

12

ISSN - 1807-3427

Revista Jurídica da UniFil



REVISTA Jurídica da UniFil

Editora
UniFil

Av. José Carlos Kubitschek, 1428 | 43 3375-7400 | Londrina-Pr. | www.unifil.br



UniFil
LONDRIANA - PR

ANO - VII
nº 7

CENTRO UNIVERSITÁRIO FILADÉLFIA



*ENTIDADE MANTENEDORA:
INSTITUTO FILADÉLFIA DE LONDRINA*

Diretoria:

Sra. Ana Maria Moraes Gomes Presidente
Sra. Edna Virgínia C. Monteiro de Mello Vice-Presidente
Sr. Edson Aparecido Moreti Secretário
Sr. José Severino Tesoureiro
Dr. Osni Ferreira (Rev.) Chanceler



REVISTA JURÍDICA da UniFil

Ano VII – nº 7 – 2010

Órgão de Divulgação Científica do Curso de Direito da UniFil - Centro Universitário Filadélfia

COORDENADOR DO COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO:

Prof. Ms. Henrique Afonso Pipolo

COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS:

Prof. Ms. José Valdemar Jaschke

PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL:

Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva

SUPERVISORA EDITORIAL:

Profª. Ms. Luciana Mendes Pereira Roberto

REVISORA:

Profª. Dra. Maria Cristina Vecili

BIBLIOTECÁRIA

Thais Fauro Scalco

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares
Prof. Ms. José Valdemar Jaschke
Prof. Dr. Everaldo Pinto Conceição
Profª. Ms. Renata Cristina O. A. Silva
Prof. Ms. Henrique Afonso Pipolo
Profª. Ms. Sandra Cristina M. N. G. de Paula
Profª. Ms. Luciana Mendes P. Roberto
Prof. Ms. Demetrius Coelho Souza

Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva
Profª. Ms. Deborah Lídia Lobo Muniz
Prof. Ms. Ademir Simões
Profª. Dra. Rozane da Rosa Cachapuz
Prof. Ms. Antonio Carlos Lovato
Prof. Ms. Mario Sergio Lepre
Prof. Ms. Douglas Bonaldi Maranhão
Profª. Ms. Maria Eduvirge Marandola

CONSELHO CONSULTIVO

Min. José Augusto Delgado (UFRN)
Prof. Dr. Luiz F. Bellinetti (UEL)
Profª. Drª. Giselda Hironaka (USP)
Prof. Dr. Arnaldo de M. Godoy (UEL)

Prof. Dr. Gilberto Giacóia (FANORPI)
Profª. Drª. Maria de Fátima Ribeiro (UEL)
Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer (UFSC)
Profª. Drª. Jussara S. A. B. N. Ferreira (UEL)



CENTRO UNIVERSITÁRIO FILADÉLFIA

REITOR:

Dr. Eleazar Ferreira

PRÓ-REITORA DE ENSINO DE GRADUAÇÃO:

Profa. Dra. Georfravia Montoza Alvarenga

COORDENADORA DE CONTROLE ACADÊMICO:

Paulo Silva

COORDENADORA DE AÇÃO ACADÊMICA:

Laura Maria dos Santos Maurano

PRÓ-REITOR DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO:

Profª. Dra. Damares Tomasin Biazin

COORDENADORA GERAL DA UNIFIL VIRTUAL:

Profª. Esp. Ilvili Andréa Werner

COORDENADOR DE PROJETOS ESPECIAIS E ASSESSOR DO REITOR:

Josseane Mazzari Gabriel

COORDENADOR DE PUBLICAÇÕES CIENTÍFICAS:

Prof. Dr. Leandro Henrique Magalhães

COORDENADORES DE CURSOS DE GRADUAÇÃO:

Administração	Prof.º Ms. Luís Marcelo Martins
Agronomia	Prof.º Dr. Fabio Suano de Souza
Arquitetura e Urbanismo	Prof.º Ms. Ivan Prado Junior
Biomedicina	Prof.ª Ms. Karina de Almeida Gualtieri
Ciências Biológicas	Prof.º Dr. João Cyrino Zequi
Ciência da Computação	Prof.º Ms. Lupercio Fuganti Luppi
Ciências Contábeis	Prof.º Ms. Eduardo Nascimento da Costa
Direito	Prof.º Ms. Henrique Afonso Pipolo
Educação Física	Prof.º Marco Antonio Cabral Ferreira
Enfermagem	Prof.ª Ms. Rosangela Galindo de Campos
Engenharia Civil	Prof.º Ms. Paulo Adeildo Lopes
Estética e Cosmética	Prof.ª Esp. Mylena C. Dornellas da Costa
Farmácia	Prof.ª Dra. Lenita Brunetto Bruniera
Fisioterapia	Prof.ª Dra. Suhaila Mahmoud Smaili Santos
Gastronomia	Prof.ª Esp. Mariana Ferreira Martelli
Gestão Ambiental	Prof.º Dr. Tiago Pellini
Medicina Veterinária	Prof.ª Ms. Maira Salomão Fortes
Nutrição	Prof.ª Ms. Ivoneti Barros Nunes de Oliveira
Pedagogia	Prof.ª Ms. Marta Regina Furlan de Oliveira
Psicologia	Prof.ª Dra. Denise Hernandez Tinoco
Sistema de Informação	Prof.º Ms. Sergio Akio Tanaka
Teologia	Prof.º Dr. Levi de Carvalho Tenório



SUMÁRIO

A ESSENCIALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA O ACESSO À JUSTIÇA	13
Ana Paula Sefrin Saladini	
DA TUTELA ARBITRAL DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS: INTRODUÇÃO AO DEBATE SOBRE UMA NOVA FORMA DE DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR	26
Anderson de Azevedo	
O DIREITO À PRÁTICA DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, COM AMPARO NA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E NO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE INICIATIVA, E SUAS LIMITAÇÕES	40
Antonio Carlos Lovato	
CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E A REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA	53
Ana Karina Ticianelli Möller	
CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL	61
Demétrius Coelho Souza	
REMIÇÃO DE PENA	72
Douglas Bonaldi Maranhão	
HORAS EXTRAORDINÁRIAS DO MOTORISTA X ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N° 332 (SDI-I) TST	82
Agéssika Tyana Altomani e Profª. Renata Cristina de Oliveira Alencar Silva	
RELAÇÃO DE TRABALHO X RELAÇÃO DE EMPREGO E O TRABALHADOR AUTÔNOMO	98
Ingrid Favoreto	
A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DAS EMPRESAS	108
Jordana de Oliveira Dorta*	
AIRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	120
Juliana Ramos Fernandes	
O DESVIRTUAMENTO DO BEM JURÍDICO-PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA	129
Luciana Midori Hirata e Prof. Douglas Bonaldi Maranhão	
EXTENSÃO ECONÔMICA DOS ALIMENTOS	145
Michel Alcazar Nakad	
CONTRATOS BANCÁRIOS À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NA BUSCA PELA JUSTIÇA	159
Vanessa Berg da Silva	
ESTADO DE FELICIDADE E O ESTADO DA FELICIDADE	174
Celso Zamoner	
RESENHA	
SOUZA, Demétrius Coelho. O meio ambiente das cidades. São Paulo: Atlas, 2010.	181
Profª. Dra. Sônia Leticia de Mello Cardoso	

7





EDITORIAL

Nesta edição, sublinha-se, sobremaneira, a dialética dinâmica entre a produção acadêmica e a atividade de pesquisa. Tal cumplicidade revela-se, de um lado, no comprometimento dos professores do nosso colegiado do Direito que dominam a publicação, juntamente com alguns dos nossos alunos egressos e concluintes, demonstrando suas pesquisas acadêmicas e contribuindo para o semear do conhecimento entre a comunidade jurídica, em especial aos discentes.

Importante, também, ressaltar que a Revista Jurídica da Unifil mantém o rigor editorial por meio de um Conselho formado por renomados juristas brasileiros. Desse modo, assegura-se a transparência dos trabalhos publicados e confere-se legitimidade à Revista, de modo a qualificá-la para integrar centros renomados de pesquisa, estabelecendo criteriosamente uma direção editorial vinculada às suas linhas de pesquisa e submetendo-se à crítica da comunidade acadêmica.

Comemoramos nessa edição a qualificação “Qualis C”, pela Capes/MEC. Qualis é o conjunto de procedimentos utilizados pela Capes para estratificação da qualidade da produção intelectual dos programas de pós-graduação. Tal processo foi concebido para atender as necessidades específicas do sistema de avaliação e é baseado nas informações fornecidas por meio do aplicativo “Coleta de Dados”. Como resultado, disponibiliza uma lista com a classificação dos veículos utilizados pelos programas de pós-graduação para a divulgação da sua produção. A estratificação da qualidade dessa produção é realizada de forma indireta. Dessa forma, o “Qualis” afere a qualidade dos artigos e de outros tipos de produção, a partir da análise da qualidade dos veículos de divulgação, ou seja, periódicos científicos.

Portanto, a partir de agora todos os artigos publicados neste veículo ostentam o padrão “Qualis C” de qualidade. Por mais esse motivo, nos congratulamos com os autores e reiteramos nosso convite para que o leitor venha fazer parte da história da Revista Jurídica da Unifil, participando do próximo volume, através da elaboração de artigo jurídico ou resenha crítica da obra de terceiros.

Conselho Editorial





MENSAGEM DA REITORIA

Um dos maiores estudiosos sobre a formação do conhecimento, Piaget nasceu em Neuchâtel, Suíça, em 09 de agosto de 1896 e, com apenas 10 anos apresentou, na forma de uma nota, seu primeiro trabalho científico sobre um pardal albino que observara num parque público. Na qualidade de voluntário, trabalhou a seguir como assistente de diretor do Museu de Ciências Naturais de Neuchâtel.

Piaget observou um pássaro que era o seu objeto de estudo e presumo que tenha escrito uma singela nota como resultado de sua pesquisa científica, posto que tinha apenas 10 anos de idade. Encontrou terreno fértil para estabelecer uma discussão com a comunidade científica de sua época, exatamente porque teve à sua disposição um veículo para publicar sua primeira e incipiente pesquisa. Suas pesquisas e sua construção teórica duraram cerca de 70 anos, tudo publicado, portanto, tudo socializado.

Nesse contexto, pensamos que a Revista é um veículo fundamental de divulgação das pesquisas dos discentes, docentes e convidados. Nesse volume, em particular, percebe-se a expressiva participação da comunidade universitária, o que demonstra a compreensão de todos da sua importância na divulgação dos trabalhos de pesquisa e a necessidade premente de socialização do conhecimento.

As publicações científicas na área jurídica constituem um dos instrumentos mais necessários e interessantes a comprovar a dinâmica e dialeticidade do Direito. Lembrando Pietro Lora Alarcón, é exatamente na reflexão que se contesta, questiona e se propõe novos caminhos, que o Direito se recria e obtém as condições teóricas para sua tarefa de ordenar normativamente realidades cada vez mais diversas, distintas, plurais, mutantes e inéditas.

11

É nesse campo de formação de opiniões, debates científicos e sadias polêmicas sobre a razão de ser do Direito, sobre a efetividade e sensibilidade normativa diante dos fenômenos da contemporaneidade e sobre o compromisso imprescindível dos atores sociais com os valores democráticos que se destaca a Revista Jurídica da Unifil.

Aproveitamos o ensejo para parabenizar o Conselho Editorial pela edição do sétimo volume da Revista e pela conquista do padrão “Qualis C”, estabelecido pela Capes/MEC, ao reconhecer a qualidade desse periódico. À Deus, toda honra e louvor.

Inverno de 2010.

Dr. Eleazar Ferreira
Reitor da UniFil

REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano VII - nº 7





A ESSENCIALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA O ACESSO À JUSTIÇA

Ana Paula Sefrin Saladini*

RESUMO

O presente artigo tece considerações a respeito da temática de acesso à justiça, confrontando o argumento doutrinário que defende que os meios alternativos à jurisdição acabam por ser mais eficientes que o meio jurisdicional. Esquadrinha inicialmente as dificuldades encontradas na efetivação desse direito fundamental. A seguir analisa a crítica que se faz ao Poder Judiciário, indicado como meio ineficiente de acesso a uma decisão justa em tempo razoável, perpassando a questão da eficiência dos meios alternativos de solução e da crise de credibilidade do Judiciário. Relaciona algumas políticas e atitudes desenvolvidas no âmbito desse poder republicano como forma de permitir o melhor acesso do cidadão à justiça. Conclui demonstrando a essencialidade do Poder Judiciário na efetivação do acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Obstáculos. Poder Judiciário. Crise. Importância.

ABSTRACT

The present article introduces some considerations about the thematic of access to the justice, confronting the doctrinal argument that defends that the alternative mechanisms to jurisdiction end up by being more efficient than the jurisdictional means theirs elves. It primarily analyzes the difficulties found in the effectuation of this fundamental right. Then, analyzes the critics to the Judiciary, pointed out as an inadequate mean to allow access to a fair decision in reasonable time, traversing the question of the efficiency of alternative means of solution and the crisis of Judiciary's credibility. It lists some policies and attitudes developed under the republican power as a way to allow citizens to have the best access to justice. Concludes by demonstrating the essentiality of the Judiciary in the achievement of access to justice.

Keywords: Access to Justice. Obstacles. Judiciary. Crisis. Matter.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS. 2 ACESSO À JUSTIÇA. 3 DIFICULDADES DE CONCRETIZAÇÃO. 4 PAPEL DO JUDICIÁRIO. 4.1 A Questão dos Meios Alternativos de Solução. 4.2 A Crise de Credibilidade Judicial. 4.3 Trabalhando para Superar a Crise. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

* Juíza Titular da Vara do Trabalho de Jacarezinho-PR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Especialista em Direito do Trabalho. Docente. Mestranda em Ciências Jurídicas pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná (Jacarezinho).



1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O tema acesso à Justiça tem sido intensamente discutido nos anais jurídicos nos últimos trinta anos. A expressão é de difícil tradução para importar em uma conceituação unívoca, mas em um primeiro momento se defendia acesso à justiça quase como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, através do estabelecimento de meios de acesso a uma solução judicial. Mas a judicialização dos conflitos acarretou o que a doutrina indicou como uma aparente falência do Poder Judiciário, que não mais consegue atender à imensa massa de demandas ajuizadas. Em razão disso, a doutrina defende, hoje, de forma coesa, uma fuga do Poder Judiciário como mecanismo de acesso à Justiça, apontado, como a principal saída para essa crise, o incentivo e incremento dos mecanismos extrajudiciais de solução, mormente a mediação e a arbitragem. A defesa dos meios alternativos é tão coesa que não causaria espanto proposta de extinção do Judiciário, que poderia ser descartado em troca de meios mais rápidos, céleres e privados.

Não obstante a farta doutrina defendendo a fuga do Poder Judiciário, a via judicial continua sendo essencial no acesso à justiça, vez que algumas questões sociais somente poderão ser resolvidas de maneira efetiva com o recurso à jurisdição. Quando os mecanismos extrajudiciais não são aceitos ou os ajustes ali feitos não são cumpridos, a alternativa viável para solução continua a ser o acesso ao Judiciário, porque vedado, como regra geral, o exercício arbitrário das próprias razões. Nesse panorama, embora carecendo de incremento para obter soluções mais rápidas e adequadas à realidade social, o Poder Judiciário tem muito a contribuir no que se refere ao acesso à Justiça, e ainda é o principal meio de solução de controvérsias. Não se pode ceder à idéia de privatização geral da Justiça, porque os mesmos problemas que hoje são encontrados no desempenho judicial poderão, mais tarde, ser encontrados (com gravidade ainda maior, porque fora da esfera de fiscalização pública direta) nos meios alternativos de solução de conflitos.

14

O presente artigo visa justamente destacar essa essencialidade do Poder Judiciário como mecanismo de realização do ideal democrático de acesso à Justiça, sem olvidar de seus problemas, mas demonstrando novas sistemáticas adotadas na busca de um desempenho mais eficiente.

2 ACESSO À JUSTIÇA

É crescente a preocupação dos operadores do direito com a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça. Os ordenamentos jurídicos se especializaram, ao longo dos anos, na abrangência dos mais variados direitos. O sistema legal se autocompleta, através dos diversos mecanismos de integração e de interpretação, de modo que qualquer violação a direito encontre (em tese) fundamento jurídico de proteção. Mas não basta um ordenamento jurídico amplo, se não for propiciado ao cidadão o acesso à justiça¹. A possibilidade de acesso à justiça é o mecanismo que vai concretizar o direito.

Mauro Cappelletti (1988, p. 8), em conhecida e precursora obra sobre acesso à justiça, busca, apesar da complexidade, delimitar o que significa essa expressão:

¹ Nesse sentido, Paulo Bezerra (2001, p. 92) esclarece que é o ordenamento jurídico que, uma vez estabelecido, determina o grau de acesso à justiça dos cidadãos que lhe estão subordinados. Se o ordenamento é estabelecido por princípios verdadeiramente democráticos, o acesso à justiça é, senão irrestrito, ao menos fator de diminuição das desigualdades. É, portanto, no ordenamento jurídico que se fomenta ou se coarcta o acesso à justiça.



A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

A doutrina defende que o acesso à justiça decorre do direito natural, uma vez que se trata de valor inerente ao homem, na medida em que a sede de justiça que angustia o ser humano tem raízes fincadas na teoria do direito natural; assim, no sentido de direito inerente à natureza humana, o acesso à justiça é tido como um direito natural, enquanto no sentido de garantia desse acesso, legitimamente efetivado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, é tido como um direito fundamental (BEZERRA, 2001, p. 119/120). O acesso à justiça é considerado também um direito humano e fundamental: humano porque é previsto em tratados internacionais de direitos humanos e porque tem por objetivo a dignidade, a liberdade, a igualdade e a solidariedade entre pessoas humanas; fundamental porque catalogado no rol de direitos e deveres individuais e coletivos constantes do Título II da Constituição da República de 1988 (LEITE, 2008, p. 26).

Sendo um direito humano e fundamental, o acesso à justiça deve ser encarado como requisito indispensável para que se tenha um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos.

No âmbito judicial, o acesso se dá mediante o direito de ação. Na lição de José Afonso da Silva (2008, p. 431), fulcrado na lição de Liebman, o poder de agir em juízo e de defender-se de qualquer pretensão de outrem representa a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e compete a todos, indistintamente, pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiros, como atributo imediato de personalidade; pertence, por isso, à categoria dos denominados direitos cívicos.

Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco (1996, p. 33), o processo deve ser manipulado de forma a propiciar às partes o “acesso à justiça”, que se resolve em acesso à ordem jurídica justa. Não obstante, advertem os três autores que o acesso à justiça não se identifica com a mera admissão ao processo ou possibilidade de ingressar em juízo. De fato, a via judicial não é a única forma de acesso à justiça², havendo, inclusive, forte corrente doutrinária, argumentando que o acesso mais efetivo ocorreria através dos mecanismos de solução extrajudiciais.

Nesse sentido, a crítica feita por Paulo Bezerra (2001, p. 101):

O próprio ordenamento jurídico encaminha o jurisdicionado para a via judicial como quase única via de solução de seus conflitos, impedindo um verdadeiro acesso à justiça. Acesso à justiça não se identifica com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número de pessoas seja admitido a demandar ou a defender-se adequadamente, nos casos de escolha da via judicial, e que haja segurança de suas próprias soluções, nos casos de via extrajudicial.

Entretanto não se pode olvidar que a via judicial continua a ser uma das mais importantes, se não a mais importante, porta de acesso à justiça.

² Conforme Cappelletti (1988, p. 67/68) o novo enfoque de acesso à Justiça tem alcance muito mais amplo, centrando sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.



Historicamente essa via de acesso privilegiou os ricos e poderosos em detrimento dos pobres e excluídos. Assim, o acesso à justiça no Estado Liberal implicava subordinação total ao direito positivo editado pela burguesia, classe social dominante, sob a égide de uma igualdade formal das partes que não encontrava equivalente no aspecto material, pelo que assegurava o acesso à justiça apenas aos ricos e brancos, enquanto os pobres e negros tinham acesso apenas à justiça penal (não como vítimas, mas como criminosos). O Estado Social buscou diminuir essas desigualdades, buscando o estabelecimento da igualdade substancial entre as pessoas, por meio da positivação de direitos sociais mínimos e desenvolvimento de mecanismos que permitiriam melhor acesso dos desvalidos, como a isenção de custas e programas de assistência judiciária. As políticas públicas, inclusive as de acesso à justiça, foram prejudicadas pela crise do Estado Social. Com o atual Estado Democrático de Direito, pós-social, a luta que se trava é pela efetivação dos direitos humanos em suas diversas dimensões, o que vem exigir ainda mais do Poder Judiciário (LEITE, 2008, p. 22-24).

Nesse sentido, adverte ainda Leite (2008, p. 24-25):

Afinal, o nosso tempo é marcado por uma sociedade de massa, profundamente desigual e contraditória. Logo, as lesões aos direitos humanos, notadamente os sociais, alcançam dezenas, milhares ou milhões de cidadãos. São lesões de massa (macrolesões) que exigem um novo comportamento dos atores jurídicos em geral e do juiz em particular para tornarem efeitos os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (...). A jurisdição passa a ser a gênese do sistema pós-moderno de acesso individual e coletivo à justiça (CF, art. 5º, XXXV). Logo, o Judiciário torna-se o poder mais importante na “era dos direitos”.

16

Assim, embora valorizando a importância dos meios alternativos de solução e prevenção de conflitos como úteis e importantes mecanismos de solução ou prevenção de conflitos, não se pode esquecer o crucial papel que o Judiciário ainda tem a desempenhar no desenvolvimento de uma ordem jurídica justa. Em regra, questões como cumprimento de políticas públicas e lesões de massa não podem ser resolvidas pela via extrajudicial, porque importam inclusive numa tomada de decisões políticas, que exigem o atributo de parcela de poder. Essa parcela de poder é atribuída ao Judiciário, e executada através de seus integrantes, mas não pode ser exercitada pela via de mecanismos extrajudiciais, porque não investidos dessa credencial democrática.

Nesse diapasão, deve-se reconhecer que o Judiciário tem muito a contribuir na solução do imenso problema de cidadãos que permanecem à margem do acesso ao direito fundamental de obter justiça, e, portanto, deve ser visto como importante peça de solução dessa problemática, e não como instrumento descartável e que pode ser objeto de privatização.

3 DIFICULDADES DE CONCRETIZAÇÃO

Embora defendendo a importância do Judiciário na concretização do direito de acesso à justiça, não é possível ao operador do direito ignorar as muitas mazelas que acometem esse Poder e as diversas dificuldades que entram o acesso do cidadão ao Judiciário e à justiça.

É exponencial o crescimento de direitos do homem e do cidadão no mundo. Com o desenrolar das sucessivas gerações ou dimensões dos direitos, vive-se, hoje, o que o pensador Norberto Bobbio identifica como a “era dos direitos”, com uma passagem do código dos deveres para o código dos direitos (1992 p. 57). Aos direitos fundamentais de primeira geração ou



dimensão somaram-se os de segunda, terceira e quarta dimensão, havendo aqueles que defendem a existência de direitos fundamentais de quinta dimensão. Isso suscita a crítica, por parte da doutrina, da necessidade de cuidado para que não haja uma banalização dos direitos considerados como fundamentais, o que traria prejuízos ao reconhecimento de seu *status* diferenciado, dificultando sua realização. Conforme Brega Filho (2002, p. 29), muito mais importante que o aumento do número de gerações de direitos fundamentais é possibilitar o exercício daqueles já garantidos. Isso porque de nada serve ao cidadão um rol de pretensos direitos aos quais ele não tem acesso real.

Na lição de Bobbio (1992, p. 63):

Descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil.

Numa sociedade de consumo em que se estreitam cada vez mais as distâncias e aumenta-se a mobilidade de pessoas e informações, as pretensões de fato são cada vez maiores, e cada vez mais difícil a satisfação dessas pretensões. O acesso à justiça em sua dimensão efetiva passa, portanto, primeiro pela efetivação satisfatória dos direitos fundamentais que já se encontram previstos no ordenamento jurídico, atendendo ao mínimo necessário à garantia da dignidade humana. Dentre esses direitos fundamentais, encontra-se o de obter justiça. Argumenta Bezerra que (2001, p. 110):

Não só devemos questionar a possibilidade de atuarmos ou não de modo a viabilizar o acesso à justiça, estritamente, mas ir de encontro à ânsia da população pela justiça entendida num sentido mais amplo de conquistas dos seus direitos consagrados nas leis e, em especial, na Constituição Federal.

17

As dificuldades para essa concretização são inúmeras, inclusive quando se fala do acesso pela via judicial. Mauro Cappelletti (1988, p. 17-27) relaciona as seguintes problemáticas desse acesso: as custas judiciais (em geral, nas pequenas causas e no tempo de demora para solução); a possibilidade das partes (obtenção de recursos financeiros, aptidão para conhecer um direito e propor uma ação ou defesa e a diferença de condições de demandar entre aqueles que chama de 'litigantes habituais', acostumados à sistemática, e os chamados 'litigantes eventuais', que, não habituados à sistemática, encontram maiores dificuldades de acesso); e os problemas especiais dos interesses difusos.

A respeito das dificuldades, Cintra, Grinover e Dinamarco esclarecem (1996, p. 34):

(...) Para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais. (...) O acesso à justiça é, pois, a idéia central que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a



observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente na formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação.

Os mesmos autores relacionam, como óbices, (a) os problemas de admissão ao processo (ingresso em juízo), especialmente a questão das dificuldades econômicas, pontuando que a justiça não deve ser tão cara que seu custo deixe de guardar proporção com os benefícios pretendidos; (b) o modo de ser do processo, relacionado ao devido processo legal, que deve ser observado, com a presença de um juiz participativo, protagonista ativo de todo o drama processual; (c) a dificuldade de se obter uma decisão justa, tanto no que se refere à apreciação da prova quanto ao enquadramento jurídico do fato e à interpretação dos textos do direito positivo; e (d) a questão de se obter uma decisão útil, que dê a quem de direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito a obter (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 1996, p. 34/35).

Uma das críticas mais contundentes se dá em relação ao tempo que demora a solução judicial. A tramitação das ações judiciais no Brasil costuma registrar demora de tempo que vai além de uma espera razoável pelo cidadão, mormente quando as questões são submetidas a mais de um grau de jurisdição. Essa é uma verdade de difícil digestão pela população, e que acarreta a crítica mais severa ao Poder Judiciário.

A doutrina não aceita com passividade essa demora constatada na resposta judicial. Bedaque (2003, p. 18) classifica como inaceitável que alguém tenha que aguardar três, quatro, cinco, às vezes dez anos para obter, pela via jurisdicional, a satisfação de seu direito, argumentando que quem procura a proteção estatal ante a lesão ou a ameaça a um interesse juridicamente assegurado no plano material precisa de uma resposta tempestiva, apta a devolver-lhe, de forma mais ampla possível, a situação de vantagem a que faz jus.

A questão da demora, entretanto, não é problema exclusivo no Brasil. Mauro Capelletti (1988, p. 20) aponta que, em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exigível, ressaltando que os efeitos dessa delonga podem ser devastadores, porque aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas ou aceitar acordos por valores muito inferiores (1988, p. 20).

Calmon de Passos (1985, p. 83), em artigo escrito há 25 anos, mas cujo crítica se mantém atual, relaciona os seguintes obstáculos que impedem o acesso à justiça: deficiência de instrução, baixo índice de politização, estado de miséria absoluta ou hipossuficiência econômica grave, mínimo poder de mobilização e nenhuma organização³.

Figueira Júnior (1992, p. 19) descreve um contexto que classifica como débil e insustentável, tanto para o povo, que se vê desencorajado de bater às portas da Justiça em razão dos inúmeros obstáculos que terá de enfrentar (custas elevadas, tramitação do processo por prazo longo e incerto, incompetência dos profissionais do direito etc.) quanto para os órgãos do Poder Judiciário, que se veem envolvidos numa parafernália de leis inadequadas, mal formuladas, desatualizadas e que não atendem aos anseios sociais, além de seu funcionamento precário, totalmente desestruturado, carente de recursos financeiros e humanos.

³ Poucos anos depois Figueira Júnior (1993, p. 20) descreveria assim a situação, o que não perdeu a atualidade histórica: "Vivemos na era da informática, da mudança do século e milênio, das conquistas espaciais, das liberdades e da democracia mundial; mas contrastando clamorosamente desse cenário encontramos de forma não muito diversa daquela vivida em tempos passados quando ainda se instalava nesta Colônia portuguesa a primeira Corte Judicial (a conhecida "Relação da Bahia"), em 1609, onde o acesso à Justiça era privilégio praticamente exclusivo dos nobres e da pequena e abastada classe burguesa".



Quando se fala de acesso à justiça pela via judicial, portanto, são diversos os óbices encontrados pelos jurisdicionados, e que podem ser resumidos em problemas de ordem econômica para acesso (tanto custas e despesas processuais quanto o próprio resultado econômico da demanda), assessoria jurídica inadequada (no ajuizamento da ação e mesmo no acesso à informação para que o cidadão tenha consciência de seus direitos), na forma de atuação do juízo, em relação ao devido processo legal e à participação ativa do juiz, visando um resultado útil ao jurisdicionado e na deficiência de aparelhamento do Poder Judiciário, incapaz, em razão do número de ações e da estruturação física e humana, de atender de forma célere à demanda processual.

Não se pode olvidar, também, que no Brasil os carecedores de meios para ter acesso à justiça (desvalidos e excluídos) constituem maioria da população, sendo que, ao revés do que é comum em países economicamente desenvolvidos, aqui os marginalizados são a maioria absoluta, embora tenham sido sensíveis os avanços econômicos na última década. Ainda, deve-se ressaltar que a grande massa de carentes de acesso à justiça nunca teve condições de se organizar e mobilizar para obter de fato esse direito, sendo que justamente sua grave marginalização social e econômica os inabilita para esse tipo de reivindicação (PASSOS, 1985, p. 82).

Dentro desse panorama de debilidades é que o Judiciário é chamado a atuar, desenvolvendo novos mecanismos e esforços para superar as dificuldades e atender de forma efetiva à demanda constitucional naquelas áreas onde os mecanismos extrajudiciais não tem como atuar.

4 PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

4.1 A Questão dos Meios Alternativos de Solução

19

Como acima mencionado, enfrenta-se hoje uma crítica contundente ao Poder Judiciário como arena exclusiva de solução dos conflitos, advogando-se a descentralização dos meios de acesso, com a adoção, o tanto quanto possível, de meios privados e extrajudiciais de solução das controvérsias.

Nesse contexto, a jurista portuguesa Paula Costa e Silva (2008, p. 94-95) argumenta que até os anos 70 e 90 do século passado, quando se falava em direito de acesso ao Direito e à prestação jurisdicional efetiva pensava-se imediatamente num direito de acesso aos tribunais (órgãos jurisdicionais), mas que desde então muito tem mudado nessa forma de compreender esse acesso, o que, em sua perspectiva, deve-se mais pelo peso financeiro da máquina judicial e pela sua impossibilidade de dar resposta em tempo hábil a uma procura crescente. Segundo ela,

O peso relativo das despesas com a máquina judicial agudiza-se em épocas de contracção das receitas directas e indirectas do Estado. A impossibilidade de as estruturas crescerem em ritmo idêntico ao aumento exponencial da litigiosidade, determina a procura de esquemas alternativos de realização da Justiça. (...) Nesse balanço, pensamos não estar longe da realidade se concluirmos que, se as décadas de 60 e 70 do século passado poderão ficar conhecidas como o período de ouro do direito de acesso aos tribunais, de lá para cá assiste-se a uma reiterada dissuasão do recurso a esquemas formais e de base estadual de resolução de controvérsias e de satisfação efectiva de situações jurídicas prestacionais.



Adverte a mesma autora, entretanto, com perspicácia, que não se pode falar em meio alternativo quando se aponta como causa específica da busca pelo meio dito alternativo a falta de condições do Judiciário em atender à demanda. Isso porque:

(...) a alternatividade pressupõe escolha livre pelas partes. Ora, só haverá livre escolha se todos os meios em consenso forem funcionalmente equivalentes. Se a Justiça pública nem é eficiente, nem é acessível, para além da evidente violação de garantias constitucionais, os meios chamados de alternativos acabam por ser meios necessários e inevitáveis, minando-se a respectiva legitimidade com a supressão da liberdade de escolha efectiva. A alternatividade passa a ser termo retórico (SILVA, 2008, p. 95/96).

Nessa esteira, antes de se falar em busca de meios alternativos, é preciso pensar em mecanismos que tornem o Judiciário realmente eficiente, deixando os meios alternativos como uma opção real para aqueles que, por motivos diversos, como a natureza sigilosa ou pessoal da questão debatida, não querem trazer a discussão para o meio público, mas preferem obter uma solução no âmbito privado.

A idéia defendida não é a supressão ou desvalorização dos meios alternativos de solução, mas a valorização do Judiciário como mecanismo principal de solução, e a colocação dos meios alternativos como uma solução possível de ser escolhida livremente pelos interessados, e não como mecanismo extremo e necessário, única via possível, em razão da falta de aparelhamento do poder público.

4.2 A Crise de Credibilidade Judicial

20

As dificuldades apontadas acima acarretam, no plano prático, uma crise de credibilidade do jurisdicionado na capacidade do Poder Judiciário em resolver seus conflitos. O resultado dessas deficiências de acesso é negativo no plano social, contribuindo para um aprofundamento da injustiça, segundo já apontava Calmon de Passos (1985, p. 87): “Fruto de tudo isso é um profundo e generalizado sentimento de frustração que leva a uma postura de acomodação e de renúncia, com resultados negativos. Descrê-se da lei, porque nenhuma fé se tem nos instrumentos que viabilizam sua efetividade”.

No mesmo sentido assinala Figueira Júnior (1993, p. 27), quando argumenta que “hoje a sociedade tende ao repúdio das autoridades e a credibilidade na justiça diminui na medida em que as sentenças não se materializam com a execução efetiva do *decisum*”.

Essa questão já havia sido objeto de diagnóstico por Cappelletti (1988, p. 70), para quem a enorme demanda latente por métodos que tornassem os novos direitos efetivos forçou uma nova meditação sobre o sistema de suprimento – o sistema judiciário. Citando Cahn e Cahn, adverte esse jurista quanto à proposição de uma redefinição: “(...) do que poderia ser chamado de ‘A Indústria da Justiça’ – uma indústria que precisa oferecer uma linha muito mais variada de produtos, em muito maior quantidade que anteriormente e que precisa prover a um consumo potencial muito maior do que o previsto”.

Assim, conforme o autor italiano Cappelletti (1988, p. 73/75), é necessário verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los. Para ele, o enfoque do acesso à Justiça tem um número imenso de implicações, e exige nada menos que o estudo crítico e reforma de todo o aparelho judicial.



Embora não seja objetivo do presente estudo analisar as mazelas que acometem o Judiciário, e que são todas conhecidas, em maior ou menor grau de profundidade dos operadores do direito, os efeitos dessa problemática na sociedade não podem ser esquecidos. Para que o Poder Judiciário possa cumprir seu papel essencial como meio de efetivação do acesso à justiça, é necessário desenvolver mecanismos que supram suas deficiências. O que se observa no presente momento, em especial a partir do movimento social de reforma do Poder Judiciário, efetivado pela Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, é uma busca de soluções concretas, com o desenvolvimento de novas ações e formas de atuação que têm contribuído de forma eficaz ao resgate da via judicial como mecanismo de justiça. Isso será analisado no próximo segmento.

4.3 Trabalhando para Superar a Crise

Ideologicamente, ninguém se preocupa mais com a necessidade do cidadão de obter justiça que os operadores do direito. A questão referente às dificuldades encontradas pelo Judiciário para atender às demandas do cidadão é discussão corrente nos fóruns desses operadores, tanto em meio aos advogados quanto dos membros do Ministério Público e dos integrantes da magistratura nacional. O juiz de direito Antonio Celso Aguillar Cortez (1993, p. 198) já se pronunciava a esse respeito, em encontro de magistrados realizado em 1992 em Minas Gerais, argumentando que deveria ser questionada pelo magistrado a possibilidade de atuar ou não de modo a viabilizar o acesso à justiça, tomada no sentido de Poder Judiciário, estritamente, mas também indo de encontro à ânsia da população pela justiça entendida num sentido mais amplo de conquista dos direitos consagrados nas leis e, em especial, na Constituição Federal. Isso tornaria mais clara a possibilidade de agir e a imprescindibilidade desta ação para que se ampliasse o acesso à ordem jurídica justa, para que o acesso não fosse simplesmente formal.

21

Sua apresentação resultou em artigo publicado em periódico jurídico nacional, onde faz a seguinte reflexão (CORTEZ, 1993, p. 198/199):

O processo de civilização da humanidade tem sido marcado pelo reconhecimento formal dos direitos inerentes à condição humana, mas sua efetiva aplicação tem sido ainda negada para a maioria das pessoas e o juiz tem tido um papel importante na permanência dessa situação enquanto conformado com as limitações formalistas tradicionais e com a banalização dos conflitos de interesses para os quais o enfoque normal tem sido o da fragmentação e da aplicação de soluções técnicas que ignoram muitas vezes o justo para fazer valer o legal, o instrumental; que evitam a dimensão social das causas para fazer prevalecer o interesse meramente individual; que reduzem a função do juiz à estrita aplicação impessoal e literal das leis, sem comprometimento com o tempo em que vive e com o povo que deve servir. Deve o Poder Judiciário, para dar sentido à sua existência como Poder do Estado, enfrentar os desafios que o momento histórico apresenta. E cada Juiz, representando o Poder Judiciário, deve pensar no que pode fazer para garantir ao povo acesso real à verdadeira Justiça e aos direitos constitucionais, tidos como efetivos e não simbólicos.

Desde então, aproveitando-se da abertura política e da retomada gradativa da liberdade de decidir sem vinculação a ideologias políticas, constata-se que o Judiciário tem trabalhado pela efetivação dos direitos em geral e pela concretização dos direitos fundamentais trazidos a lume pela Constituição de 1988.



Como exemplo, o jurista e deputado Flávio Dino, que tem em sua biografia o fato de ter exercido a magistratura federal por vários anos, ressalta a função exclusiva do Poder Judiciário quando se fala na realização de direitos fundamentais que ainda não se encontram devidamente regulamentados, sendo paradigmas (a) o direito dos trabalhadores rurais à integralidade dos benefícios previdenciários, que ainda quando não previsto expressamente em lei era reconhecido pelo Judiciário, e (b) o reconhecimento, pelo STF, da obrigação dos municípios em garantir o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola para crianças de zero a seis anos (COSTA, 2008, p. 153).

Também as respostas dadas em ações afirmativas e ações civis públicas, propostas em sua maioria pelo Ministério Público, tendem a facilitar o acesso à justiça, porque modificam a própria essência tradicional da jurisdição. Assim, o Judiciário deixa de ser um órgão meramente solucionador de controvérsias já instaladas, e que causaram efetivo prejuízo a alguém, para transformar-se em uma instância de caráter preventivo: as tutelas inibitórias e as determinações de obrigações de fazer e não fazer transmutaram essa face do Judiciário, o que contribuiu para a observância de uma ordem jurídica justa e solidária.

Para buscar solução de milhares de demandas emperradas em fase de execução, os tribunais lançaram, com apoio e coordenação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituição derivada da Reforma do Judiciário, campanhas reiteradas de conciliação judicial. Como resultado dessas campanhas milhares de demandas foram encerradas, inclusive obtendo-se a inédita cooperação de pessoas de direito público; exemplo disso é a autarquia previdenciária (INSS), que finalmente curvou-se às decisões judiciais que reconheciam direitos de aposentados e pensionistas e transacionou valores devidos a muitos desses postulantes, em sua grande maioria pobres e desvalidos. Os dados tabulados do CNJ, com referência à Semana Nacional de Conciliação de 2008, realizada de 01 a 5 de dezembro de 2008 (BRASIL, 2010), indicam que naquela semana foram realizadas 305.591 audiências para tentativa de conciliação em 56 tribunais brasileiros, com o atendimento de 633.631 pessoas. No total, foram efetuados acordos em 135.337 ações, somando a importância transacionada de R\$ 974.141.660,43.

Essas campanhas nacionais pela conciliação têm sido realizadas anualmente, e vêm obtendo resultados animadores. É relevante ressaltar que a experiência indica que o cidadão se sente mais confiante na mediação propiciada pelo próprio Poder Judiciário, público e isento, do que na mediação decorrente de mecanismos extrajudiciais⁴. A experiência demonstra que muitas das reclamações trabalhistas que não são solucionadas nas Câmaras Sindicais e Intersindicais de Conciliação Prévia acabam por ser conciliadas no curso do processo judicial, quando das audiências trabalhistas⁵. Muitas vezes a sensação de segurança jurídica é algo que apenas a presença do juiz acaba por propiciar aos litigantes.

4 Nesse diapasão, a jurista portuguesa Paula Costa e Silva adverte, falando a respeito dos custos da mediação, que, quando a mediação é processada em termos adequados, é tanto ou mais dispendiosa que a solução pela via de decisão judicial, porque se for realizada por referências às vantagens que se lhe apontam, requer técnicos altamente especializados. Conforme essa jurista, uma mediação levada a cabo por recursos humanos não especializados e insuficientemente treinados será uma espécie de psico-drama mal dirigido, não um meio alternativo de solução de controvérsias (2008, p. 97).

5 Essa questão é observada cotidianamente pela autora em sua atividade de juíza do trabalho.



Também nessa perspectiva de preocupação com o acesso do desvalido aos meios de obter solução para suas demandas, os tribunais têm desenvolvido e aplicado mecanismos de facilitação física, tais como a justiça itinerante. Nesse sistema, são utilizados meios de transporte para fazer chegar o juiz ao jurisdicionado, ao invés de se esperar que o jurisdicionado chegue ao juiz. São diversos ônibus da justiça ou barcos da justiça, que se deslocam até regiões distantes e, muitas vezes, inóspitas para verificar quais os problemas jurídicos que atingem a população local, dando-lhes solução, na medida do possível. Isso facilita em demasia o acesso daquele excluído social que por condições físicas (doença, deficiência física, incapacidade de locomoção, barreiras de distância), financeiras (falta de numerário para atender despesas com profissionais e com deslocamento) ou culturais (ribeirinhos que não conhecem o mundo fora das divisas de sua área de moradia, pessoas que não tiveram qualquer acesso à educação) não conseguiu ter acesso ao Poder Judiciário em sua formatação tradicional. De modo semelhante, a instalação de varas judiciais e postos de atendimento judicial em localidades distantes, decorrentes de um movimento de descentralização e interiorização, são instrumentos do Judiciário que acabam facilitando o acesso do pobre à justiça⁶.

O que se observa é que o Judiciário, ciente de suas mazelas, vem buscando modificar sua atuação para fazer frente aos problemas de ordem social, dentre os quais se destaca a deficiência do acesso à justiça pelo cidadão comum. Assume com isso uma postura mais ativa na defesa do direito à justiça, desenvolvendo mecanismos na busca de solucionar e evitar demandas. Com isso não busca esquecer que existe uma dívida social a ser paga com o jurisdicionado, consistente em um imenso passivo de processos findos que aguardam solução, o que também tem sido preocupação da administração do Judiciário. Nesse campo, no ano de 2009 o CNJ estabeleceu como meta o julgamento dos processos que haviam sido ajuizados até 31.12.2005, o que acarretou, num esforço concentrado, até novembro daquele ano, no julgamento de 2.366.432 feitos que se encontravam pendentes. Esse esforço reduziu o passivo, que era de 4.421.783 feitos em janeiro de 2009 para 2.118.991 feitos em dezembro do mesmo ano⁷.

Um último exemplo pode ser dado através da campanha de reinserção do egresso do sistema penitenciário no mercado de trabalho formal, a fim de completar o processo de ressocialização e evitar a reincidência no crime. A campanha, chamada pelo CNJ de “Começar de novo”, compõe-se de um conjunto de ações voltadas à sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil com o propósito de coordenar, em âmbito nacional, as propostas de trabalho e de cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema carcerário, de modo a concretizar ações de cidadania e promover redução da reincidência. Dentre as ações já efetivadas destaca-se a assinatura de acordo com o governo federal, no dia 13.01.10, por meio do Ministério do Esporte, e com o Comitê Organizador Brasileiro da Copa do Mundo 2014, Ricardo Teixeira, para a contratação de presos, ex-detentos e de adolescentes em conflito com a lei nas obras e serviços necessários à realização dos jogos do mundial nas 12 capitais brasileiras.

⁶ No âmbito do Paraná, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região instalou, após a Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004), seis Postos de Atendimento descentralizados das Varas e quatro Varas Itinerantes, que vieram somar-se às mais de 80 varas do trabalho na facilitação do acesso físico do trabalhador ao Poder Judiciário. Esses dados podem ser conferidos no sítio eletrônico do Tribunal: www.trt9.jus.br.

⁷ Dados constantes do “processômetro” que pode ser acessado no sítio eletrônico do CNJ. Adverte-se, contudo, que se deve atentar para o fato que determinados feitos necessitam de prazo mais elástico para solução, sendo ações de natureza mais complexa, em razão de características próprias referentes aos meios de prova e respeito ao devido processo legal.



É certo que ainda existem muitas lacunas a serem preenchidas. Para que o Judiciário alcance um resultado ótimo com suas ações será preciso que avance muito em termos de celeridade e qualidade na prestação dos seus serviços. Mas a intenção de melhorar existe, e as medidas que vêm sendo concretizadas servem a ratificar o ânimo de se fazer do Judiciário, cada vez mais, a porta mais simples de acesso à Justiça.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos grandes temas do direito, atualmente, prende-se à questão do acesso à justiça e da notória incapacidade e inadequação do Poder Judiciário em fazer frente, sozinho, a essa demanda social. A doutrina, em larga escala, defende os meios alternativos à jurisdição como mais eficazes e adequados à solução da demanda por justiça, assim considerado o acesso a uma decisão justa em tempo razoável.

Os meios alternativos são uma medida útil e necessária, principalmente naqueles casos em que o interessado busca manter a privacidade e o sigilo. Entretanto, usar do sistema alternativo como a única válvula de escape de um sistema judicial que não funciona acarreta reconhecer que a alternativa, de fato, não existe. Nessa situação, o cidadão não teria um efetivo poder de escolha, mas seria compelido a usar do meio dito alternativo, sem que de fato tivesse outra alternativa para a solução de sua demanda.

24 É fato que a litigiosidade se agrava a cada dia mais, numa sociedade de consumo, em que os direitos são cotidianamente aumentados, muitas vezes por força de leis que prevêm a existência de direitos que não são efetivados de maneira concreta. O direito de obter uma resposta à demanda por justiça também se insere dentre os direitos fundamentais dos cidadãos, sendo direito essencial, porque é a maneira de efetivar diversos outros direitos que se encontram garantidos no sistema legal mas que na vida prática não encontram ressonância.

O Judiciário, sozinho, tem dificuldades em atender em tempo razoável a demanda por justiça social. Mas, tratando-se do Poder republicano encarregado da administração da justiça, algumas questões somente podem ser resolvidas com a sua interferência, porque se faz necessário o uso de parcela do poder na concretização das determinações. Assim, não se pode declarar a falência do Poder Judiciário, aceitando-se sua incapacidade de atender às demandas sociais, mas deve ser reconhecida a essencialidade desse Poder na distribuição de Justiça. Os integrantes dessa esfera de poder têm efetuado esforços na concretização do acesso à Justiça, através do implemento de novas medidas e práticas que buscam solucionar uma maior quantidade de demandas, sem prejuízo da qualidade das soluções postas à disposição da população.

Muito tem sido feito pela melhora das condições de prestação jurisdicional, mormente a partir da Reforma do Judiciário. A postura dos tribunais e de seus administradores demonstra a admissão de que há necessidade de continuidade no processo de mudança, porque muito ainda pode ser feito pelo Judiciário em prol da melhor efetividade desse direito fundamental.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.



BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Dados referentes ao poder judiciário brasileiro*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 19 fev. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. *Sítio eletrônico institucional dessa corte trabalhista*. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br>>. Acesso em: 19 fev. 2010.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CORTEZ, Antonio Celso de Aguillar. Acesso à Justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 82, n. 692, p. 198-201, junho, 1993.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio, e STERN, Maria de Fátima Coelho (Coord.). *Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

25

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. O acesso ao Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 81, n. 686, p. 19-34, dezembro, 1992.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O acesso à justiça como direito humano e fundamental. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, São Paulo, ano 7, n. 26, p. 21-28, abr./jun., 2008.

PASSOS, J. J. Calmon de. O problema do acesso à justiça no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 79-88, jul./set., 1985.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Paula Costa e. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementaridade. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33, n. 158, p. 93-106, abr. 2008.



DA TUTELA ARBITRAL DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS: INTRODUÇÃO AO DEBATE SOBRE UMA NOVA FORMA DE DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Anderson de Azevedo¹

RESUMO

Este excerto objetiva apresentar o debate sobre a tutela arbitral de interesses transindividuais dos consumidores e os possíveis reflexos dessa opção de solução de conflitos em relação aos direitos e garantias individuais fundamentais, de ordem constitucional. Partindo da premissa de que tutela arbitral, coletiva e consumerista constituem-se microsistemas jurídicos abertos, todos com enfoque na garantia de acesso à justiça, já se apresentam propostas conciliatórias de harmonização desses sistemas, a partir de um novo cenário que se visualiza no ordenamento jurídico. A introdução de novos mecanismos alternativos de solução de conflitos em diversas áreas, como no direito do trabalho, no direito ambiental, no direito administrativo, no direito tributário, no direito processual civil e no próprio direito das relações de consumo, projeta uma tendência que consolida a arbitralização progressiva dos conflitos sociais. Sob bases casuísticas, com fundamento em uma postura crítica, a partir de uma perspectiva hermenêutica tópica, discute-se se essa possibilidade inovadora de transformação no modo de composição de conflitos, envolvendo interesses coletivos de consumo.

Palavras-Chave: Tutela Arbitral. Interesses Transindividuais. Relações de Consumo. Hermenêutica Jurídica. Tópica.

26

ABSTRACT

This objective excerpt to present the debate on the arbitral guardianship of transindividual interests of the consumers and the possible consequences of this option of solution of conflicts in relation to the rights and basic individual guarantees, of constitutional order. Leaving of the premise of that arbitral, collective and consumerist guardianship consists Microsystems legal open, all with approach in the guarantee of access to justice, already conciliatory proposals of harmonization of these systems are presented, from a new scene that if it visualizes in the legal system. The introduction of new alternative mechanisms of solution of conflicts in diverse areas, as in the right of the work, the environmental law, the administrative law, the tax law, the civil procedural law and the proper right of the consumption relations, projects a trend that consolidates the gradual arbitration of the social conflicts. Under casuistic bases, with bedding in a critical position, from a topic hermeneutic perspective, this innovative possibility of transformation in the way of composition of conflicts is argued if, involving collective interests of consumption.

Keywords: Arbitral Guardianship. Transindividual Interests. Relations of Consumption. Legal Hermeneutics. Topic.

¹ Mestrando em Direito Negocial pela UEL – Universidade Estadual de Londrina, área de concentração Processo Civil. Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela UEL. Professor da UNIFIL de História do Direito e Relações de Consumo.



SUMÁRIO

1 DA PERSPECTIVA MICROSSISTÊMICA DA TUTELA ARBITRAL, COLETIVA E CONSUMERISTA. 2 DA PROBLEMATIZAÇÃO DO TEMA. 3 ACERCA DE UMA PROPOSTA CONCILIATÓRIA A PARTIR DA HERMENEUTICA TÓPICA. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 DA PERSPECTIVA MICROSSISTÊMICA DA TUTELA ARBITRAL, COLETIVA E CONSUMERISTA.

Discorrendo sobre a variabilidade histórica dos direitos do homem, Norberto Bobbio (1992) ensina que o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a sua realização, das transformações técnicas, etc. É o mundo dos fatos que, revestido de roupagem axiológica pelo Estado, transforma-se em normas jurídicas, tutelando interesses que não são concernentes a um indivíduo apenas, mas a uma comunidade de indivíduos, e que reclamam tratamento próprio.

Assim, ao lado dos direitos individuais, interesses outros nasceram com o desenvolvimento da humanidade, deixando de lado o caráter simplesmente individualista que marcou os regimes jurídicos constituídos no Século XIX, para lhes conferir um sentido mais abrangente, o que hoje a doutrina denomina interesses coletivos, metaindividuais ou transindividuais.

Mas o reconhecimento da pouca evidência das violações de determinados direitos considerados individualmente (as microlesões individuais), do desequilíbrio de forças entre os sujeitos violadores desses direitos e suas vítimas, e das danosas repercussões sociais dessas infrações (macrolesões sociais) são fatores que passaram a justificar, desde meados do século passado, a reformulação dos conceitos básicos de princípios e institutos de direito civil (como a autonomia da vontade no âmbito contratual, por exemplo), de processo civil (como os limites da coisa julgada da sentença meritória).

Nesse esteio, a preocupação com o desenvolvimento de instituições, mecanismos e procedimentos para superar as barreiras em torno da efetividade dos direitos, destinadas à realização dessas finalidades, passou a ser razão de investigação científica. Se a tutela dos interesses humanos, sob a concepção instrumentalista, é identificada como um mecanismo para acesso à ordem jurídica justa, necessária é a superação de alguns óbices instituídos pela perspectiva clássica e individualista, que não forneciam adequada tutela aos interesses transindividuais. E, tanto a tutela coletiva do Código de Defesa do Consumidor, quanto à tutela arbitral, consolidada na Lei de Arbitragem, inserem-se nesse contexto social, político, econômico e jurídico.

Segundo Rozane da Rosa Cachapuz (2010, p. 01),

O instituto da arbitragem é um meio legal para solucionar conflitos que se refiram à direitos disponíveis e que, em hipótese nenhuma enseja “substituir a jurisdição estatal”, pelo contrário, trata-se de meio alternativo que dependerá da vontade das partes, pois permanece o direito destas, em acionar o Poder Judiciário.

27



A Lei 9.307/96 surge com base no anseio de grande número de operadores econômicos e jurídicos, que durante muito tempo se dedicaram a apontar os entraves e obstáculos legais à Arbitragem no Brasil, comparativamente a outros sistemas mais modernos, trazendo em seu bojo, as alterações necessárias, para uma melhor adequação no contexto nacional e mundial.

A Arbitragem estabelece-se em nossa sociedade transmitindo a certeza de que trilhamos caminhos que nos levarão a encontrar mecanismos mais flexíveis e menos ortodoxos, seguros e informais, destinados à melhor satisfação das pretensões dos jurisdicionados, na busca e no encontro da justa composição de seus conflitos, em sede nacional ou internacional, e, portanto, voltados a tão decantada pacificação social.

A conjugação do regime jurídico da tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, previstos no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), com o procedimento arbitral, regulado pela Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), atenderia, segundo uma parcela minoritária (ainda) da doutrina², às finalidades e diretrizes específicas desses dois importantes microssistemas jurídicos e à tendência de uma postura crítica dos modelos clássicos de solução de conflitos que se consolida, década à década, em um momento pós positivista, com a busca incessante de mecanismos cada vez mais alternativos e acessíveis à sociedade.

Essa nova dinâmica procedimental, com efeito, tem como propósito, dentre outros, o de promover acesso à justiça, sem sobrecarregamento do aparelhamento judiciário estatal. Aliás, essa conjugação sistêmica vem, justamente, ao encontro dos interesses do próprio Estado, reconhecidamente carente de estrutura administrativa para a concreção dos programas constitucionais de acesso à justiça.

Miguel Reale (REALE, 2005), em brevíssima manifestação publicada nas páginas 11 a 13 da Revista de Mediação e Arbitragem, em 2005 (ano 2, número 5), registra o que chama de um momento de Crise da Justiça, asseverando com inigualável objetividade:

Desde a alarmante morosidade para obtenção de sentenças definitivas e sua imediata execução – ponderando-se que justiça tardia é justiça nenhuma – até o leal reconhecimento de que nem mesmo o Poder Judiciário ficou isento dos malefícios da corrupção, pode-se dizer que não houve causa relevante que não fosse aduzida para explicação da mencionada crise.

Com razão foi dado realce aos empecilhos de uma legislação processual obsoleta, que propicia recursos e expedientes que solertes advogados convertem em instrumento tático de incabíveis e condenáveis delongas; à carência nos órgãos judiciários dos meios eletrônicos que a técnica de comunicação atualmente predomina nos domínios empresariais, prevalecendo ainda antigas praxes cartoriais; à crise do ensino jurídico que impede a rápida seleção de juízes à altura de sua alta missão, com acabrunhantes lacunas a rápida seleção de juízes à altura de sua alta missão, com acabrunhantes lacunas nos quadros da magistratura; à revisão e atualização da organização judiciária, graças à autonomia que a Constituição confere ao judiciário; à condigna remuneração compatível com alta missão confiada aos magistrados, obedecidas, porém, as possibilidades financeiras do Poder Executivo, e sem se criarem diferenças gritantes em conflito com o que é pago a seus auxiliares.

² Segundo José Arnaldo da Fonseca, o Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça e ex-Subprocurador Geral da República, a utilização da arbitragem, como sistema de resolução de pendências domésticas e internacionais, ainda não foi bem assimilada por certos órgãos do Poder Judiciário, que entendem que ela implica uma usurpação da sua jurisdição uma e privativa. Deste entendimento têm surgido conflitos entre as jurisdições arbitral e estatal. Precedente do STJ, adotando posição favorável à arbitragem, entendeu prevalecente a decisão do órgão arbitral, se já instaurada a arbitragem. Este avanço certamente dá mais efetividade à Lei 9.307/199.



(...) À vista de todos esses obstáculos, parece-me que chegou a vez e a hora da *arbitragem*, tornando-se evidente a necessidade que deveriam ter as empresas e os advogados de fazer mais constante e habitual emprego da Lei 9.307/96, de 23.09.1996, que a implantou no País. É preciso, em suma superar quanto antes o caráter de *excepcionalidade* que prevalece, no Brasil, quanto ao emprego da arbitragem.

Por outro lado, as diferenças e especificidades relativas de cada um dos microsistemas em referência (arbitral, coletivo e consumeristas), como, por exemplo, a exigência de disponibilidade do interesse para submissão da lide à tutela arbitral, o caráter social e de ordem pública da tutela coletiva, a imperatividade e cogência das disposições consumeristas, são apontadas como empecilhos para uma conjugação da tutela arbitral com a defesa dos interesses transindividuais. Essa postura resistente é compreensível, e até necessária, à vista da necessária e indispensável salvaguarda de direitos e garantias fundamentais, principalmente da indisponibilidade de interesses.

A reserva legal dessas premissas constitucionais, com efeito, devem continuar sendo razão justificadora para se impedir uma conjugação irresponsável dos sistemas arbitral e coletivo. No entanto, em um momento de amplas reformas legislativas no Brasil, tanto na seara material como processual³, em que se privilegia a resolução dos conflitos (em detrimento do atuar repressivo e cominatório do Judiciário), a proposição de novos mecanismos que busquem aumentar a efetividade dos direitos dos consumidores, somente vem atender aos comandos normativos que inauguram o Código Consumerista (CDC), desde observados os objetivos e princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. É de se destacar que o próprio CDC dispõe, como princípio fundamental das relações de consumo, no art. 4º, inciso V, o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo.

Assim, dizer da possibilidade ou impossibilidade da tutela arbitral de interesses transindividuais não se trata de simples tarefa. Estão em jogo interesses econômicos, políticos e uma natural tensão dessa tendência com princípios basilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana, a segurança jurídica, a indisponibilidade de direitos, o interesse público e garantia da ordem social.

29

2 DA PROBLEMATIZAÇÃO DO TEMA

Estando a arbitralidade afeta apenas à solução de direitos disponíveis e patrimoniais, a teor do disposto no art. 1º, da Lei de Arbitragem, há quem entenda a total incompatibilidade entre a arbitragem e o microsistema jurídico de tutela coletiva, excluindo os direitos difusos, coletivos e, inclusive, individuais homogêneos do regime de composição alternativo. O referido dispositivo legal contém a seguinte redação: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Para Cássio Penteado Júnior (2009, p. 20) direitos patrimoniais disponíveis e as regras de julgamento na arbitragem,

³ Como, por exemplo, a promulgação do Código Civil em 2002, mais atento à nova dinâmica social que, aos poucos está redesenhando institutos de direito material, ou, na esfera processual, as séries de reformas do Código de Processo Brasileiro, iniciadas ainda durante a década de noventa, e que ainda se perpetuam, a ponto de já se desenhar o esboço de um novo CPC, e anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo, em adiantado estado de elaboração.



de forma sintética, parece possível afirmar, de logo, que o direito é disponível quando é possível ser transacionado, vale dizer, seu titular pode dispor sobre o direito que detém. (...) Contudo, a lei de regência da arbitragem, como se nota, não se limita ao quesito de disponibilidade do direito para admiti-lo ao procedimento arbitral, mas, acresce o conceito de patrimonialidade, portanto, nessa linha, seria admissível considerar-se que, de plano, exclui-se do campo da mediação os direitos não disponíveis que não apresentam, em geral, conteúdo patrimonial, como, por exemplo, os direitos individuais e coletivos, ditos fundamentais.

Já outro segmento da doutrina entende que, em virtude desse tipo de relação jurídica material, os direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, sendo indisponíveis, seriam insuscetíveis de convenção arbitral. Mas os direitos individuais homogêneos, divisíveis (porque individuais), quando patrimoniais, sendo categorizados como disponíveis, seriam afetos à arbitragem. É o posicionamento de Antonio José de Mattos Neto (2002, p. 233-234) em artigo intitulado *Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem*.

Ainda, há quem defenda a total possibilidade de submeter à arbitragem questões relativas à tutela dos interesses difusos coletivos, valendo-se dos argumentos expostos pelos autores do Anteprojeto de Código de Processo Coletivo que incluíram no art. 23 do texto de lei essa possibilidade. Assim se manifesta Eduardo Damiano Gonçalves (2007, p. 150), em artigo intitulado *O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos*, capítulo integrante da obra *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares*, coordenada por Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins. Segundo este pesquisador:

30

Com a devida *venia*, entende-se que a questão não é de tão singela solução, se a proposta tiver como balizas as normas e os princípios constitucionais. É que a exigência dos atributos da patrimonialidade e disponibilidade dos direitos para submissão à tutela arbitral é fundamental para o deslinde dessa questão.

A propósito, Eduardo Cambi (2010) *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário* faz uma didática distinção entre direitos fundamentais e patrimoniais. Segundo o processualista paranaense:

No contexto da afirmação dos direitos essenciais aos seres humanos, é importante distinguir os direitos fundamentais dos direitos patrimoniais.

Uma primeira diferença é de que aqueles (como o direito à vida, os direitos civis, incluindo o direito de adquirir e dispor de bens, os direitos políticos e sociais) são *universais*, sendo capazes de satisfazer a dignidade humana e realizar a igualdade, enquanto os direitos patrimoniais são *singulares*, no sentido de que há um titular determinado (ou mais de um titular), instaurando-se relações de domínio e de exclusão entre sujeitos postos e condições jurídicas desiguais. Aqueles são *inclusivos* (v.g., direito à educação ou à saúde), enquanto estes são *exclusivos* (v.g., direito à propriedade de um imóvel ou de um veículo).

Os direitos fundamentais são universais, uma vez que atingem *todos os seres humanos*, abrangendo *todos* aqueles dotados de *status* de pessoa (...).

Uma segunda diferença entre os direitos fundamentais e os patrimoniais é que aqueles são *indisponíveis*, inalienáveis, invioláveis, intransmissíveis e personalíssimos, ao passo que estes últimos são, pela sua própria natureza,



disponíveis (como a propriedade privada de direitos de crédito), negociáveis e alienáveis (...).

(...) Aliás, é possível afirmar que os direitos fundamentais correspondem a todos os indivíduos pelo mero fato de terem nascido, isto é, não podem ser restringidos a membros de uma classe ou de um país, justamente por serem absolutos, universais, invioláveis e imprescritíveis. Situação diversa da dos direitos patrimoniais, que são disponíveis, na esfera do mercado, ou mesmo pelo poder público (...).

Essa reserva de índole constitucional, entretanto, não é absoluta. O mesmo autor (CAMBI, 2010), analisando em específico o atributo da “indisponibilidade” dos direitos fundamentais acentua, com lucidez:

(...) A irrenunciabilidade e a inegociabilidade não atingem, igualmente, todos os direitos fundamentais. Prevê o art. 11 do Código Civil brasileiro que, com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Exemplo de limitação voluntária dos direitos de personalidade, prevista em lei, é a comercialização dos direitos autorais, que podem ser negociados livremente e, inclusive, transmitidos por herança. Contudo, os direitos de personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, desde que não sejam exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes. Por exemplo, alguém pode ceder, voluntariamente, seu direito à imagem para participar de um *reality show* ou revelar fatos de sua intimidade, em obra autobiográfica. (...) Do mesmo modo, pode-se afirmar que o *exercício* dos direitos de personalidade pode sofrer limitações voluntárias, desde que não sejam permanentes nem gerais. Por exemplo: o direito aos alimentos, por ser decorrência do direito fundamental à vida, é irrenunciável, mas seus efeitos patrimoniais (como, v.g., o valor da pensão alimentícia) podem sofrer limitações voluntárias. (...) Afinal, caso determinados direitos fundamentais, em certas condições, especialmente nas relações horizontais entre particulares, não podem ser negociados e renunciados, estar-se-ia suprimindo a esfera da autonomia privada. Em outros termos, o exercício ou o não exercício dos direitos fundamentais de liberdade dos cidadãos decorre do próprio direito geral de liberdade, o qual permite que o seu titular deles possa dispor ou renunciar. Caso contrário, estar-se-ia negando o próprio direito à liberdade.

31

Dirigindo essa discussão para os interesses transindividuais do consumidor, é possível delimitar o problema objeto da pesquisa. O CDC criou um regime específico de tutela coletiva, a partir do art. 81, quando conceituou interesses difusos, coletivos (estricto senso) e individuais homogêneos. Nesse sentido, a maioria dos processualistas entende que esses interesses estariam afetos apenas e tão somente à tutela jurisdicional do Estado, pela via da ação civil pública, conforme regulado pela Lei n. 7347/85. Esse regime, sob essa ótica, irrigado por uma série de especificidades e novidades jurídicas, não seria compatível com a disponibilidade e liberdade próprias do sistema arbitral. E as objeções que se levantam como argumentos de resistência a tal conjugação sistêmica (arbitral-coletiva) não são frágeis, tendo como fundamento justamente a indisponibilidade de tais interesses, atributo perceptível em várias regras do CDC. O art. 103, por exemplo, prevê que a sentença que julga procedente ação coletiva para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos produz efeitos *erga omnes* e *ultra partes*. Seria possível aplicar a mesma regra a uma sentença arbitral que decide uma lide consumerista submetida à arbitragem? E quanto ao transporte *in utilibus* da coisa julgada? O art. 104 do Código de Defesa do Consumidor permite aos interessados que não integraram o pólo ativo da ação coletiva



valer-se da autoridade da coisa julgada da sentença coletiva para promoverem suas execuções individuais. Trata-se de mais uma inovação trazida pelo CDC, própria ao regime das ações envolvendo interesses coletivos. Pergunta-se: poderia cogitar de tal benefício no âmbito da tutela arbitral e permitir que os legitimados que não participaram como partes do procedimento arbitral possam promover execuções individuais valendo-se da decisão do árbitro?

Vê-se, a partir dessas simples divagações, que vários são os obstáculos normativos, doutrinários e jurisprudenciais a transpor. Com efeito, sem querer defender a hipótese de que todo e qualquer litígio relativo a interesses difusos e coletivos seria passível de solução pela via arbitral, parece que, na busca do acesso à justiça, um lugar pode ser reservado à arbitragem, em situações concretas e específicas, observada a reserva de indisponibilidade de direitos fundamentais, em obediência às disposições Constitucionais e ao Estado Democrático de Direito.

Os indícios do aproveitamento vantajoso da solução arbitral de conflitos transindividuais são manifestos no direito ambiental. Tereza Cristina Gonçalves Pantoja (2006, p. 85) registrou essa possibilidade e o sucesso da iniciativa de submeter causas envolvendo interesses coletivos relativos ao direito ambiental à arbitragem em artigo intitulado Anotações sobre Arbitragem em Matéria Ambiental.

32

Graça Couto e Carvalho, (...), entendem que a tutela ambiental, em princípio, atende a interesse público, de caráter difuso, extrapatrimonial. Ocorre que, como os mencionados autores ressaltam expressamente, a ordem jurídica brasileira já flexibilizou as características de natureza difusa e indisponível da tutela ambiental, de molde a possibilitar à Administração Pública determinados negócios jurídicos capazes de evitar a instauração da ação civil pública. Dentre eles, estão o TAC – Termos de Ajustamento de Conduta.

Assim é que, na proposta feita ao particular, para que este firme um TAC com o Estado, fica patente a possibilidade de serem objeto de transação os efeitos patrimoniais conseqüentes à conduta danosa ou perigosa. Se não houvesse disponibilidade, até certa medida, do legítimo interesse tutelado pelo Estado, do meio-ambiente sadio, não poderiam tais TAC's ser propostos, nem cancelados.

O Poder Público tem alguma disponibilidade do bem jurídico consubstanciado no meio-ambiente sadio – o bem ambiental – na medida em que pode pactuar com o particular, num TAC, que algumas obrigações de preservação ambiental serão cumpridas em determinada escala, ou ao longo de certo período de tempo. O Poder Público pode tolerar certos inadimplementos residualmente relevantes, dentro de uma política de meio-ambiente determinada, priorizando o cumprimento daquelas outras obrigações mais factíveis, ou cujo inadimplemento produza um dano maior, ou mais imediato.

E conclui, mais adiante, a mesma autora (PANTOJA, 2006, p. 85):

Assim, a mesma obrigação de ressarcimento ou compensação pelo dano de natureza ambiental causado por ação ou omissão vem sendo contemplada na ordem jurídica com ênfase cada vez maior. Conseqüentemente, tratando-se em muitos casos de responsabilidade que pode ser imputada de modo solidário, não deve persistir qualquer dúvida no que toca à possibilidade ou cabimento do mecanismo arbitral, para a solução dos litígios surgidos como decorrência da obrigação de compensar danos ambientais. A arbitragem aí surgida diria respeito ao rateio da obrigação de ressarcir, assim como à determinação das condições técnicas para dimensionar o dano, sua causação *ex vi lege* e a mensuração dos mecanismos adequados à sua compensação.



Essa nova perspectiva, que viabiliza a solução arbitral, tem sido aplicada em outras áreas originariamente não afetas à arbitragem, como nas lides trabalhistas. Conforme ensina Antonio José de Mattos Neto (2002):

Devido a *Lex mercatoria* ser o conjunto de regras desvinculadas de qualquer fonte ou ordenamento jurídico nacional, divorciado de um sistema legal impositivo, sua utilização facilita, com vantagens, a solução de controvérsias dessa natureza.

Serve, também, o juízo arbitral, para solucionar lide de natureza trabalhista.

Nesse caso, há de se distinguir quando envolve conflito trabalhista de relação individual e coletiva. Quanto ao primeiro há de ser discutido o aspecto da disponibilidade ou indisponibilidade do direito do trabalhador. É certo que os direitos trabalhistas são indisponíveis, na medida em que o empregado não pode renunciá-los (...).

Quanto aos litígios trabalhistas de natureza coletiva, não pairam maiores dúvidas quanto à admissibilidade da arbitragem como mecanismo de solução conflitual. A Constituição Federal em seu art. 114 e parágrafos contempla tal hipótese de composição, pois as partes litigantes, *sponte sua*, podem se louvar de árbitros.

No entanto, o mesmo autor é cauteloso quanto à conjugação dos sistemas de tutela coletiva e tutela arbitral, justamente considerando o conceito de indisponibilidade dos interesses transindividuais. E complementa:

A transindivisibilidade conduz à indivisibilidade. Em virtude desse tipo de relação jurídico material, tais direitos são indisponíveis e, conseqüentemente, insuscetível de convenção arbitral. Já os direitos individuais homogêneos, em sendo divisíveis (porque individuais), quando patrimoniais, em princípio são disponíveis, e se prestam à arbitragem.

33

O art. 114, da Constituição Federal prevê expressamente que “frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”. Vê-se, pois, até mesmo a Constituição Federal tem alertado, desde dezembro de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, para o propósito de se instituir a arbitragem. E a primeira vez que tratou do assunto o fez justamente no âmbito de relações jurídicas, envolvendo interesses transindividuais trabalhistas.

Ora, se essa é uma perspectiva argumentativa, uma premissa válida para o direito ambiental e para o direito laboral, também o seria para justificar a utilização da arbitragem nas relações coletivas de consumo. O que dizer, por exemplo, da indiscutível atuação do Tribunal de Ética do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, nos processos (administrativos) instaurados por qualquer do povo, contra as publicidades enganosas e abusivas que se mostram em descompasso com as regras do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor. Não haverá um só estudante de direito capaz de dizer que a publicidade enganosa e abusiva, em si, são direitos difusos. Não seria igualmente crível afirmar que a atuação do CONAR, nessas situações de julgamento e aplicação de sanções, equivale ao julgamento de um Tribunal Arbitral? O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, sabidamente, é pessoa jurídica de direito privado, uma entidade associativa, que estruturou um colegiado e criou regras específicas (tal qual um tribunal arbitral) para analisar e julgar denúncias de publicidades enganosas e abusivas. Instituiu-se um procedimento, observando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, e profere-se um julgamento, com aplicação de sanções (advertência, modificação ou sus-



pensão da publicidade, e multa). Não há, por outra via, notícias de que a legitimidade e legalidade da atuação do CONAR tenham sido questionadas, perante o Tribunal Constitucional (STF). Suas decisões sobre os interesses transindividuais (publicidade enganosa ou abusiva) são legitimamente acatadas pela sociedade e agências publicitárias. Este, com efeito, é o melhor exemplo que se tem, atualmente, de “arbitragem” de direitos transindividuais consumeristas, apesar do CONAR não ser, juridicamente, um tribunal arbitral e, portanto, não ter as suas decisões vinculadas às disposições da Lei n. 9.307/96.

Ambos os sistemas de tutela (arbitral e coletiva) são feixes de uma mesma jornada perseguida pela sociedade brasileira, no que diz respeito à pacificação social: a luta pela promoção do acesso à justiça. Mas a escassez de disposições normativas, e ainda um arraigado apego às concepções clássicas do processo, é razão de grande distanciamento dos processualistas à adoção de uma postura, pode-se dizer, tão arrojada.

3 ACERCA DE UMA PROPOSTA CONCILIATÓRIA A PARTIR DA HERMENEUTICA TÓPICA

A Constituição Federal de 1988 realizou profundas modificações no cenário jurídico nacional, dentre as quais a inserção da defesa do consumidor no art. 5º, inciso XXXII, capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, fazendo-a integrar o rol dos direitos e das garantias fundamentais, além de sua classificação como princípio geral da ordem econômica.

34

Nesse sentido, a preocupação constitucional era tamanha em promover a dignidade da pessoa, com vistas à superação das desigualdades nas relações de consumo, que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou a elaboração do Código de Defesa do Consumidor para tutelar, específica, apropriada e efetivamente, os direitos das partes mais frágeis dessa modalidade de relação jurídica. Assim, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, norma de ordem pública e interesse social, que, conceituando consumidor e fornecedor e estabelecendo um novo paradigma normativo em diversas searas jurídicas, trouxe profundas modificações em vários regimes jurídicos, v.g., regime da responsabilidade civil, da ordem contratual, da legitimidade processual, e da coisa julgada. E também modificou o modal dos dispositivos legais, tornando-os mais abertos, vagos e imprecisos, ou seja, afetos à dinâmica própria das constantes modificações das relações consumeristas.

O que se tem percebido, a partir dessas pontuais modificações legislativas, nos últimos vinte anos, é uma gradual tentativa de adaptação dos mecanismos processuais para a solução de lides envolvendo interesses transindividuais.

Consolação dos afetos à tutela arbitral de interesses transindividuais são as palavras de Cândido Rangel Dinamarco (2009):

As Reformas do Código de Processo Civil tiveram como objetivo central a aceleração da tutela jurisdicional e, como postura metodológica predominante, a disposição a liberar-se de poderosos dogmas plantados na cultura processualística ocidental ao longo dos séculos. O exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a intensa preocupação garantística que se avolumou na segunda metade do século XX haviam levado o processualista a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmutar em grilhões de uma servidão perversa. Em nome



dos elevados valores residentes nos princípios do contraditório e do *due process of law*, acirraram-se formalismo que entravam à máquina e abriram-se flancos para a malícia e a chicana. Para preservar as garantias do juiz natural e do duplo grau de jurisdição, levaram-se a extremos as regras técnicas sobre a competência. Nós, doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida às angústias dos sujeitos em conflito.

Guardadas as peculiaridades de cada microsistema, arbitral, consumerista e coletivo, e desde que respeitadas as imposições constitucionais, essa nova perspectiva de conjugação seria uma via propositiva de acesso à justiça. Uma das alternativas para a defesa contra antinomias legais aparentes desses sistemas seria a utilização de um processo hermenêutico adequado, considerando, principalmente, o aspecto pragmático da interpretação, já que o objetivo de qualquer interpretação é deslindar as situações concretas postas.

De acordo com os ensinamentos de Lilian Barros de Oliveira Almeida (2010, p. 01), em artigo intitulado *O direito adquirido e a jurisprudência do supremo tribunal federal: uma construção tópica do direito*:

O termo *tópica* tem a sua matriz na expressão grega *topos*, correspondente à palavra latina *locus*, estando associada na língua portuguesa à noção de lugar-comum. Theodor Viehweg se propôs, em sua obra *Tópica e Jurisprudência*, a empreender uma retomada, no campo do direito, do pensamento tópico, próprio da Antiguidade greco-romana, a fim de elaborar um tipo de análise da matéria jurídica que incorpore o processo de aplicação do direito ao objeto de estudo da ciência jurídica. (...) A tópica é uma técnica voltada à resolução de problemas. O raciocínio tópico situa-se no contexto das situações para as quais não há uma solução ou orientação decisória previamente estabelecida. Cabe, assim, àquele a quem se submete o problema oferecer uma alternativa plausível, que possa inclusive vir a servir de base para a solução de problemas semelhantes no futuro. (...) A tópica constrói as premissas a partir da análise dos problemas e tais premissas são tabuladas e organizadas logicamente. Assim, os sistemas encontram nos próprios problemas uma importante fonte de geração de suas premissas. Entretanto, o raciocínio tópico é, até certo ponto, incômodo para o homem moderno, uma vez que este é condicionado pelos sistemas dedutivos, que têm sua referência básica em axiomas indiscutíveis. (...) O raciocínio tópico manifesta-se não somente na interpretação, mas também no processo de aplicação do direito. Nele, a perspectiva estritamente sistêmica encontra vários obstáculos, sobretudo naquelas situações em que o acervo conceitual disponível é insuficiente para oferecer uma solução para o caso concreto. Logo, em tais circunstâncias, o aplicador do direito recorre com frequência a expedientes genuinamente de natureza tópica.

35

Quando se analisa o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, verifica-se que, em diversas oportunidades, o intérprete fica bastante a vontade para desenvolver análises tópicas de disposições normativas. A começar pelo próprio conceito de consumidor, estampado no 2º do Estatuto Consumerista, com a seguinte redação: “consumidor é toda pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza, produto ou serviço como destinatário final.”⁴ Ora, tem-se entendido que a expressão “destinatário final” significa o sujeito que adquire o produto ou serviço para fins

⁴ A doutrina diverge sobre como interpretar a expressão *destinatário final*. Para os maximalistas todo aquele que retira produto ou serviço da cadeia originária de produção é considerado final, daí porque afirmam que destinatário final é o destinatário fático. Já os finalistas exigem que o sujeito, além de retirar o produto da cadeia originária de produção, ainda o utilizem em caráter pessoal, não profissional, associando a expressão ao aspecto econômico.



personais, não profissionais. No entanto, a radicalização dessa concepção levaria à inaplicabilidade do CDC, porquanto cada vez mais é possível a aquisição de produtos e serviços bivalentes. Um notebook, por exemplo, pode ser adquirido para servir, ao mesmo tempo, para o desenvolvimento de atividades profissionais e em caráter pessoal. Enquanto insumo de produção, contudo, não estaria acobertado pela tutela consumerista. O significado da expressão “destinatário final”, portanto, indispensável para se aplicar o referencial normativo consumerista, o CDC, dependerá da associação de elementos linguísticos normativos com a situação concreta *sub examine*. Não pode ser prévia e abstratamente formulado, mas só é possível a partir de um dado momento, de uma circunstância, de uma situação concretamente apresentada. Qualquer seja a linha adotada é impossível se definir a condição de “destinatário final” sem apreciação da situação fática proposta, do problema em si mesmo considerado.

Essa é uma característica que permeia as principais disposições contidas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São proposições normativas abertas, pragmáticas, que dependem de avaliações interdisciplinares durante o processo de construção dos seus significados. Afora o já referido artigo 2º, do Código Consumerista, vários incisos do art. 4º e 6º, além dos artigos 12, 14, 18, 28, 31, 37, 39, 51, contêm textos que, com formulações linguísticas equívocas, que condicionam o intérprete, no momento da construção do sentido para a aplicação do direito, referenciam-se no problema do fato concreto, para dizer da aplicabilidade ou não do CDC, afastando-se da univocidade sacramentada a partir de um padrão prévio e dedutivamente estabelecido.

O próprio art. 81 é um referencial para o regime de tutela coletiva, porquanto ele conceitua e categoriza as espécies de direitos transindividuais, nos termos seguintes:

36

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A amplitude conceitual e a indeterminabilidade própria dos interesses difusos e coletivos (*strictu sensu*), previstos no art. 81, associadas aos conteúdos dispositivos dos artigos 1º e 4º do Código de Defesa do Consumidor, em um primeiro momento, podem parecer antitéticos à proposta da Lei de Arbitragem, voltadas para tutelar conflitos de índole privada. Como já exposto, o art. 1º da Lei 9.307/96 restringe aos direitos patrimoniais disponíveis a matéria a ser posta à arbitragem. O legislador delimitou o campo de atuação do juízo arbitral não apenas ao quesito da patrimonialidade, mas ainda à disponibilidade. Mas é inquestionável que esses limites conceituais devem ser analisados de forma mais abrangente possível, transcendidos os limites da interpretação gramatical, para que possam ser atendidos, realizados os objetivos desse diploma legal. Daí porque se tem amenizado o rigor da idéia de interesse patrimonial indisponível, desvinculando-a da noção de interesse individual econômico.



Debruçando sobre o tema, identifica-se na hermenêutica tópica-sistêmica uma alternativa para a solução dessa aparente antinomia existente entre os sistemas arbitral e coletivo, no âmbito da defesa dos interesses dos consumidores. É que quando a lógica-formal da dogmática jurídica tradicional não apresenta respostas de maneira eficaz, à questão da razoabilidade exigida nas soluções dos problemas jurídicos, mister se faz refletir acerca de novas fórmulas de se estudar as lides, não a partir do método subjuntivo, porém dos problemas à norma geral, em abstrato.

Viehweg⁵ teve o mérito de trazer para o contexto moderno do século XX a tópica, reabilitada em sua essência. Os tópicos são premissas compartilhadas que gozam de presunção de plausibilidade ou que, ao menos, passem aos ouvintes uma dada carga de verossimilhança argumentativa. Por não estarem hierarquizadas entre si, para um mesmo problema, mister se faz utilizar tópicos distintos; daí surgindo, portanto, resultados distintos.

Como a tópica parte dos problemas. O problema, portanto, leva a uma seleção de sistemas e em geral a uma pluralidade deles, com a noção de “sistemas abertos”, e a solução é buscada a partir de situações concretamente consideradas.

A possibilidade de conjugação do sistema arbitral e coletivo, no âmbito da seara consumerista, portanto, pode ser viabilizada casuisticamente, sob a perspectiva tópica. De acordo com os registros de Margarida Maria Lacombe Camargo (2001):

A tópica tornou-se referência obrigatória na metodologia do direito da segunda metade do século anterior. Poderíamos afirmar, inclusive, que com a apresentação da tópica aristotélica no direito moderno, por meio de Viehweg, na década de 50, verificou-se um deslocamento radical do eixo da discussão metodológica, até então fixado sobre o formalismo sistemático de índole lógico-dedutiva em que repousava o positivismo jurídico (...). O método sistemático, de tendência isolacionista, e que marcou o positivismo filosófico dos séculos anteriores não correspondia mais às perplexidades e inseguranças causadas por um mudo de novos e variados valores, notadamente quando as atrocidades do nazismo, cometidas sob a proteção da lei, mostraram que a lei nem sempre é justa. (...) Necessário então seria construir um novo modelo de legitimação para as decisões judiciais, o que só se tornaria possível quando reconhecida a natureza dialética e argumentativa do direito. A lógica formal, de feição cartesiana, não dava resposta satisfatória à razoabilidade exigida nas soluções jurídicas. Daí verificamos, na filosofia do direito do século XX, toda uma tendência em se resgatar a antiga arte retórica dos gregos e a prática jurídica dos romanos, para construir um modelo de fundamentação mais condizente à decisão jurídica, visando sua validade e eficácia.

37

A mesma autora anota as palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr. quando apresentou o pensamento de Viehweg no prefácio que escreveu à tradução brasileira do livro *Tópica e Jurisprudência*, de 1979:

A tópica não é propriamente um método, mas um estilo. Isto é, não é um

⁵ *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos* é a considerada a principal obra de Theodor Viehweg, escrita em 1953, pela qual o autor tenta provar a aplicação da tópica aristotélica e ciceroniana no direito, através da análise feita da jurisprudência romana. Trata-se de uma tese que provocou e tem promovido profundas transformações na hermenêutica jurídica e teoria geral do direito.



conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles. Assim, num campo teórico como o jurídico, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Como tentativa, as figuras doutrinárias do Direito são abertas, delimitadas sem maior rigor lógico, assumindo significações em função dos problemas a resolver, constituindo verdadeiras 'fórmulas de procura' de solução de conflito.

Essa perspectiva, tópica, é, com efeito, a mais apropriada para instrumentalizar os afetos à tutela arbitral, na luta pelo reconhecimento da possibilidade de submeter conflitos envolvendo interesses transindividuais de consumo aos auspícios da Lei n. 9.307/96. A avaliação sobre o atributo da disponibilidade ou indisponibilidade dos interesses tutelados não pode ser feita, senão, em face da situação concretamente considerada. A definição acerca da existência ou não da característica da patrimonialidade, que permite acesso à tutela arbitral, somente existirá a partir da análise do problema posto, das variantes dos interesses considerados, e da reflexão profunda de supostas ou possíveis violações aos direitos fundamentais constitucionais.

Por fim, dizer da possibilidade ou impossibilidade da tutela arbitral de interesses coletivos, sem um debruçar mais reflexivo; adotar uma postura combativa com os punhos e olhos cerrados, não parece a postura mais apropriada. Novas perspectivas se desenham como propostas viáveis de soluções alternativas de conflitos. A tutela arbitral de interesses transindividuais consumeristas é uma das mais polêmicas. Certamente, o tema, objeto deste excerto, é um terreno fértil a novas reflexões e proposições, e merece atenção em face de sua evidente importância no atual cenário jurídico-processual nacional.

38

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. O direito adquirido e a jurisprudência do supremo tribunal federal: uma construção tópica do direito. **Revista Eletrônica do Instituto Brasiliense de Direito Público**. Disponível em:

<<http://ojs.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/36/13>> Acesso em: 25 maio 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9 ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. Uma visão geral da arbitragem de acordo com a lei 9.307/96. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 35, 01/12/2006 [Internet]. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1432>. Acesso em: 13 jan. 2010.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.



DINAMARCO, Candido Rangel. **Nova era do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GONÇALVES, Eduardo Damiano. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos, *In: Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

JUNIOR, Cássio Penteado. Direitos patrimoniais disponíveis e as regras de julgamento na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: LTr, 2009.

NETO, Antonio José de Mattos. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei da arbitragem. **Revista de Processo**. n. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PANTOJA, Teresa Cristina Gonçalves. Anotações sobre Arbitragem em Matéria Ambiental. **Revista de Arbitragem e Mediação**. n. 11. São Paulo: LTr, 2006.

REALE, Miguel. Crise da justiça e arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. n. 05. São Paulo: Editora LTr, 2005.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.



O DIREITO À PRÁTICA DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, COM AMPARO NA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E NO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE INICIATIVA, E SUAS LIMITAÇÕES

Antonio Carlos Lovato *1*

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discorrer a respeito do conceito da prática elisiva denominada de planejamento tributário, diante dos princípios da legalidade e do exercício da liberdade nos negócios. Para alcançar os objetivos serão apresentadas as distinções entre a elisão fiscal, que é a prática lícita de economia de tributos, e a evasão fiscal, que é a prática ilícita, também conhecida como sonegação fiscal. Além da legalidade, como pressuposto fundamental à licitude da prática elisiva, será dada ênfase à liberdade nos negócios, com as restrições que lhe são inerentes. Neste contexto será demonstrado que a liberdade não é absoluta, pois a além da legalidade deve haver uma consistência fática nos negócios que os compatibilize com a realidade econômica. Será estabelecida, a título de exemplo, a escolha do sistema de apuração do imposto sobre a renda pessoa jurídica (IRPJ), uma prática perfeitamente tipificada como planejamento tributário, e, nesse contexto, serão apresentados os fundamentos legais e doutrinários. A escolha de uma orientação negocial que alcance uma economia lícita de tributos faz parte do direito contribuinte e tem o seu fundamento no direito à liberdade negocial, mas os limites estão centrados na legalidade e na realidade fática. A economia tributária não deve ser a única finalidade do sistema adotado, mas o reflexo da forma adotada para realização de um negócio ou do sistema de apuração a ser utilizado. Por outras palavras, o planejamento tributário não deve ser um fim em si, mas uma consequência, como também deve ser conduzida de forma gradativa e constante.

40

Palavras-chave: Planejamento Tributário. Elisão e Evasão Fiscal. Legalidade Tributária. Liberdade de Iniciativa. Finalidade Negocial.

ABSTRACT

The present article has as its objective to discourse about the concept of the suppression practical known as tributary planning, in front of the principles of legality and the exercise of liberty in business. To reach the objectives it will be present the distinction between fiscal suppression, which is the legal practical of the tax economy, and the fiscal evasion, which is the illegal practical, as known as dishonest concealment. Besides the legality, as the fundamental requirement to the lawful suppression, the liberty in the business, with the restrictions that are inherent to it, will be emphatic. In this context it will be demonstrated that the liberty is not absolute, be cause farther the legality it's necessary a consistency of the juridical facts in the business able to harmonize it with the economical reality. As an example, the choice of the income tax over the juridical person verification system will be establish as typical practical of tributary planning, and in this subject it will be presented the legal and doctrinaire foundations. The choice about a business orientation that reaches the lawful tributary economy belongs to the contributor right and it has its bases in the prerogative to the business liberty, but the limits are centralized in the legality and the factual reality. The tributary economy shouldn't be the only finality of the system adopted, but the reflex of the chosen form to realize a business or of the used verification system. In other words, the tributary planning shouldn't be a purpose in itself, but a consequence, as it has to be conducted by degrees and constantly.

1 Advogado Tributarista. Professor de Direito Tributário e Financeiro da Universidade Estadual de Londrina – UEL, e do Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL.



Keywords: Tributary Planning. Fiscal Suppression and Evasion. Tributary Legality. Free Enterprise. Business Finality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 DISTINÇÃO ENTRE ELISÃO E EVASÃO FISCAL. 3 LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E A LIBERDADE COMO FUNDAMENTOS À PRÁTICA DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. 4 LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE. 5 REALIDADE FÁTICA COMO PRESSUTOS INDISPENSÁVEL À LEGITIMAÇÃO DA PRÁTICA ELISIVA. 6 A ESCOLHA DO SISTEMA DE APURAÇÃO DO IRPJ COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS ANEXO A.

1 INTRODUÇÃO

Existem várias formas de obtenção de redução da carga tributária de forma lícita. A realização da prática, com o fim de obter a redução da carga tributária insere-se no campo da elisão fiscal, conhecida como “planejamento tributário”, ao contrário da sonegação fiscal, também denominada de evasão fiscal, que consiste na redução da carga tributária através de meios fraudulentos, considerada ilícita.

Nesse contexto, pode-se dizer, de uma maneira simples, que a elisão fiscal consiste na utilização de práticas que visem à redução do crédito tributário antes da ocorrência do fato gerador, e a evasão fiscal consiste em práticas realizadas após a ocorrência do fato gerador.

Por sua vez, o fato gerador dá-se no exato momento em que se completa o ciclo que enseja o nascimento da obrigação tributária, isto é, quando são efetivados todos os elementos contidos na norma tributária. Por exemplo: saída de mercadorias em relação ao IPI, ICMS, PIS e COFINS; final do exercício, no caso do Imposto Sobre a Renda (IRPJ) e da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL).

Portanto o fato que possibilita a utilização do planejamento tributário, no primeiro exemplo citado, deve dar-se antes da saída das mercadorias, no caso do ICMS, IPI, PIS e da COFINS, ou, no segundo exemplo, antes do período que gera a aquisição de rendas, no caso do IR e da CSLL. Ocorrido o fato gerador, o contribuinte que se utilizar de artifícios para evitar o pagamento de tributo ou para reduzir a carga tributária não estará mais praticando planejamento tributário e sim fraude fiscal, vale dizer, sonegação fiscal, incidindo na ilicitude tributária e penal.

Pode-se dizer que a economia lícita de tributo está no campo da prevenção: evita-se o nascimento do tributo e não o seu pagamento. Em sentido figurado, pode-se dizer que a elisão compara-se às medidas para evitar um incêndio, com a evasão tenta-se “apagar o fogo”.

A proposta deste estudo é demonstrar que existe a possibilidade da escolha de formas de exercício das atividades que causem menos impacto tributário, desde que os procedimentos adotados estejam em consonância com os princípios constitucionais da legalidade tributária e na liberdade inerentes aos negócios.

41



2 DISTINÇÃO ENTRE ELISÃO E EVASÃO FISCAL

Como se disse, a economia lícita de tributos é desenvolvida de forma estritamente preventiva, que busca, em última análise, a economia tributária, mediante a escolha, entre as várias opções legais, daquela que se apresenta menos onerosa (GRECO, 2004, p. 78).

Ao contrário da elisão fiscal, a evasão configura-se conduta contrária ao direito que, além de ser um ilícito tributário, constitui-se um ilícito penal, porque vem acompanhada de uma fraude, conforme ensina (SOARES de MELO, 1998, p. 74): “compreendida toda ação ou omissão, de natureza ilícita, minorando ou eliminando a obrigação tributária. Caracteriza-se por vício de consentimento devido a fatos exógenos (dolo, erro, coação), ou endógenos (simulação, fraude), no contexto dos artigos 86 a 113 no Código Civil”.

O jurista Edmar Oliveira Andrade Filho (2009, p. 07) faz a seguinte distinção:

Em sentido comum, a expressão ‘planejamento tributário’ é utilizada para fazer referência a uma atividade técnica de prospecção de alternativas de redução da carga tributária suportada pelas pessoas e pelas empresas, sempre em consonância com o ordenamento jurídico em vigor.

A expressão tem pelo menos duas outras sinônimas: elisão fiscal ou elusão tributária. O oposto do planejamento tributário é evasão, assim considerada toda ação ou omissão dolosa tendente a encobrir, de forma intencional e fraudulenta, operações tributáveis. Sonegação é uma outra palavra geralmente utilizada para fazer menção a qualquer espécie de evasão.

42

Na busca por uma economia lícita de tributos, que na atual fase econômica evidencia-se quase como uma obrigação, diante da concorrência comercial que se verifica, o empresário tem no planejamento tributário uma importante ferramenta para obtenção de custos, conforme enfatiza (GUERREIRO, 1998, p.148): “atividade desenvolvida de forma estritamente preventiva, que busca, em última análise, a economia tributária, alcançada como decorrência da avaliação de várias opções legais, procurando evitar o procedimento mais oneroso do ponto de vista fiscal”.

Como se disse anteriormente, a elisão fiscal ocorre antes do nascimento da obrigação tributária, isto é, antes da ocorrência de todos os elementos previstos na norma tributária, conhecida como “fato gerador” da obrigação tributária, segundo a doutrina tradicional, adotada pelo Código Tributário Nacional nos arts. 114 e 116, ao prescreverem, respectivamente:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II – tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável.



Percebe-se, pela análise dos dispositivos legais apresentados, que a expressão “fato gerador” envolve dois momentos: um primeiro que, em sentido abstrato, é a prévia existência de uma lei descritora dos elementos que, uma vez ocorridos, geram a obrigação de pagar o tributo; um segundo momento que, em sentido concreto, é a ocorrência fática com relevância econômica, geradora da obrigação de pagamento do tributo previsto na lei. Sem lei não há tributo; por outro lado, sem a ocorrência daqueles fatos descritos na lei, também não há nascimento da obrigação tributária. Portanto é o nexos de causalidade entre o “fato” e a “norma” que gera obrigação de pagar uma importância em dinheiro, vale dizer, de um determinado tributo.

É nesse nexos de causalidade, segundo (FALCÃO, 1977, p.97), um dos mais importantes pioneiros da doutrina tributária brasileira, que está centrado o elemento mais importante da teoria do fato gerador: “É seguramente no aspecto da causalidade jurídica que reside o traço mais importante, poder-se-ia dizer o mais nobre, da teoria do fato gerador.”

Com a finalidade de demarcar os dois momentos que ensejam o nascimento da obrigação tributária, Geraldo Ataliba, (1994, p.50) desenvolveu a teoria da hipótese de incidência, ao explicar:

18.4.1 Tal é a razão pela qual, sempre distinguimos estas duas coisas, denominando ‘hipótese de incidência’ ao conceito legal (descrição legal, hipotética, de um fato, estado de fato ou conjunto de circunstâncias de fato) e ‘fato imponible’ ao fato efetivamente acontecido, num determinado tempo e lugar, configurando rigorosamente a hipótese de incidência.

Adotando uma metodologia centrada na lógica, (CARVALHO, 2009, p.278/279) traz a seguinte elucidação:

Opinamos por hipótese tributária, aproximando o adjetivo para qualificar o campo de atuação sobre o qual, agora, centralizamos nossas atenções.

A respeito do fato que realmente sucede no quadro do relacionamento social, dentro de específicas condições de espaço e de tempo, que podemos captar por meio de nossos órgãos sensoriais, e até dele participar fisicamente, preferimos denominar evento jurídico tributário, reservando a locução fato jurídico tributário para o relato lingüístico desse acontecimento. Fato jurídico porque tem o condão de irradiar efeitos de direito. E tributário pela simples razão de que sua eficácia está diretamente ligada à instituição do tributo.

3 LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E A LIBERDADE COMO FUNDAMENTOS À PRÁTICA DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

Não importa qual seja a metodologia adotada, todas têm o mesmo sentido e exigem que exista uma lei, que prevê a incidência do tributo (princípio da legalidade, art. 150, I, da CF), e a ocorrência de todos os fatos previstos nas normas tributárias para o nascimento da obrigação tributária. A opção pela escolha de um método deve estar vinculada estritamente à legalidade, na mesma medida pela qual o contribuinte somente deve pagar qualquer tributo havendo prévia existência da lei. Também qualquer posição adotada para deixar de pagar tributo deve estar em consonância com a legalidade, e, vale reiterar, a prática elisiva deve ocorrer antes do nascimento da obrigação tributária, ou seja, antes da ocorrência dos fatos descritos na norma.



A legalidade tributária deve ser vista como uma restrição à liberdade, como forma de garantir ao cidadão a segurança jurídica para impedir que o Estado, ao exercer o poder de tributar, extrapole o campo permitido para o exercício da tributação. Portanto o exercício da liberdade é a regra. No caso da atividade empresarial, ela se traduz no exercício da livre iniciativa, na liberdade dos negócios, como instrumentos de garantias e direitos fundamentais. A restrição ao exercício dessa liberdade é exceção, e, por isso, ela deve estar inteiramente prevista em lei, e, em conformidade com a Constituição Federal, conforme enfatiza (ANDRADE FILHO, 2009, p. 58):

A liberdade pode ser considerada sob diversas perspectivas; assim, existe a aceção de liberdade negativa, pela qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido ou de não agir sem ser obrigado; e a liberdade positiva decorrente da situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar o seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer dos outros. Exemplos desse tipo de normas são: as que garantem o princípio da legalidade, o princípio da livre iniciativa, e todas as que estabelecem direitos e garantias fundamentais.

Em princípio, pode-se dizer que o particular tem ampla autonomia para realização dos seus negócios, podendo celebrar contratos, desde que não contrarie a ordem jurídica. O Código Civil brasileiro (Lei 10.406, de 10.01.2002) traz disposições expressas nesse sentido, a exemplo das disposições contidas nos arts. 421 e 425, assim descritas:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste código.

44

Maria Helena Diniz (2002, p. 307) traz a seguinte interpretação à norma contida no art. 425:

Contratos atípicos ou inominados. São os não disciplinados pelo Código Civil ou por lei extravagante, porém admitidos juridicamente, ante o princípio da autonomia da vontade e a doutrina do número *apertus*, em que se desenvolvem as relações contratuais, desde que observem as normas gerais estabelecidas pelo Código Civil e não contrariem os bons costumes. Os particulares, dentro dos limites legais, poderão criar as figuras contratuais de que necessitarem no mundo dos negócios.

Reportando-se especificamente à matéria tributária o saudoso Geraldo Ataliba (1985, p. 151) estabelece:

Para que a liberdade de iniciativa (princípio da livre empresa) e o direito de trabalhar, produzir e empreender e atuar numa economia de mercado não seja mera figura de retórica, sem nenhuma ressonância prática, é preciso que haja clima de segurança e previsibilidade acerca das decisões do governo; o empresário precisa fazer planos, estimar – com razoável margem de probabilidade de acerto – os desdobramentos próximos da conjuntura que vai cercar seu empreendimento. Precisa avaliar antecipadamente seus custos, bem como estimar os obstáculos e as dificuldades. Já com os imponderáveis do mercado.



4 LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE

A liberdade nos negócios, porém, não pode ser exercida de forma exorbitante e sem limites. O seu exercício esbarra no sistema jurídico, principalmente na legalidade e no princípio da razoabilidade, conforme ressalta (ANDRADE FILHO, 2009, p. 59):

É certo, porém, que o direito positivo não outorga ao particular uma liberdade absoluta ou sem limites. A liberdade segundo normas jurídicas é relativa porque decorre do direito positivo que se legitima – formal e materialmente – nas regras e princípios constitucionais que permitem, sempre, alguma flexibilidade ao legislador ao juiz. Portanto, o direito positivo é um instrumento que deve servir à liberdade e não para autorizar intervenções estatais na vida privada que não sejam pautadas pela razoabilidade.

O citado autor ressalta ainda que o exercício dessa liberdade não se pode praticar de forma abusiva, ao afirmar:

A liberdade conformada pela ordem jurídica não pode ser exercida de forma abusiva, isto é, com o objetivo de prejudicar os direitos de outras pessoas da comunidade ou para as ações ou omissões contrárias ao código de valores vigentes. Para reprimir ou coibir os abusos, o ordenamento jurídico conta com o instrumento das normas que prescrevem as sanções negativas, baseadas em tipos normativos que, em regra, devem existir (deve estar validamente postos na ordem jurídica) antes que aconteçam os fatos que ensejariam aplicações de sanções (ANDRADE FILHO, 2009, p. 59).

Quanto às limitações do exercício da liberdade, o Código Tributário Nacional, mediante alteração introduzida pela Lei Complementar nº 104 de 10 de janeiro de 2001, contém regra clara ao dispor no parágrafo único do art. 116, ao dispor:

45

A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Essa regra tem um paralelo às regras previstas no art. 50 do Código Civil brasileiro, ao dispor:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

O que têm de claro essas disposições legais é que o contribuinte, a pretexto de exercer sua liberdade, das mais diversas formas, na prática da livre iniciativa, nos negócios, nos contratos ou no planejamento de suas atividades, inclusive com o propósito de pagar menos tributos, não poderá praticar atos que não reflitam a realidade. Atos simulados ou dissimulados são atos fraudulentos e, portanto, ilícitos e, obviamente, já estariam vedados antes mesmo da norma introduzida pelo parágrafo único do art. 116, do CTN.



Ato simulado é o ato contrário à realidade, conforme explica Edmar Oliveira de Andrade Filho (2009, p. 169) utilizando-se dos ensinamentos de Francesco Ferrara:

Na definição de Francesco Ferrara, negócio simulado é o que tem uma aparência contrária à realidade, ou porque não existe em absoluto ou porque é diferente da sua aparência. Toda simulação envolve uma mentira ou uma teia de mentiras ou de falsidades que é tecida por acordo entre pessoas.

Ato dissimulado é aquele eivado de disfarce, mediante o qual o agente procura ocultar o ato real ilícito através de outro ato que, aparentemente, está em conformidade com a legalidade, como define Pedro Nunes, citado por Edmar Oliveira de Andrade Filho (2009, p. 170): “Disfarçar, alguém, artificialmente, a vontade real. Procurar encobrir ou ocultar com astúcia a verdade do ato, ou fato, dado-lhe feição ou aparência diferente.”

Na simulação, a ilicitude apresenta-se de forma mais evidente, porque o ato simulado não corresponde à realidade, ou porque é diverso da realidade. Na dissimulação, o feito é o mesmo, no entanto, há uma camuflagem para ocultar a realidade, ou seja, a ilicitude é menos evidente. Mas não importa: num caso ou no outro, trata-se de atos ilícitos que caracterizam evasão fiscal, constituindo-se, portanto, disfarce da elisão fiscal, descaracterizando o planejamento tributário. Pode-se citar o contrato de doação, que oculta uma venda, ou a constituição de uma empresa para encobrir uma relação trabalhista, a constituição de uma empresa seguida de cisão para permitir uma troca patrimonial (um sócio entra com o dinheiro e outro com o imóvel e, na cisão, aquele que entrou com o dinheiro sai com o imóvel e aquele que entrou com imóvel sai com o dinheiro). Neste caso, houve nitidamente um negócio formal para cumprir outra finalidade, vale dizer, o negócio formal foi constituição de uma pessoa jurídica, enquanto na realidade fática houve uma compra e venda de imóvel.

46

Pelo que se percebe, a prática elisiva, conhecida como planejamento tributário, não faz milagres, não muda a realidade fática e econômica já efetivada. Ela não tem por função distorcer os fatos; o verdadeiro planejamento tributário permite o estudo e a escolha prévia de uma forma empresarial de atuar menos onerosa à empresa.

Por outro lado, planejamento tributário não se faz da noite para o dia, não existe um pacote pronto e acabado que possa ser vendido em prateleira. Cada contribuinte, cada empresa têm características próprias e devem desenvolver o planejamento tributário de forma constante, fazendo estudos, projeções e colocando em prática, após muita reflexão, o que foi decidido, como se faz nos demais setores da atividade empresarial: contabilidade, administração financeira, recursos humanos, mercado, qualidade, etc.

5 REALIDADE FÁTICA COMO PRESSUPOSTO INDISPENSÁVEL À LEGITIMAÇÃO DA PRÁTICA ELISIVA

Uma preocupação constante diz respeito à legalidade, à licitude, mas, além disso, deve haver uma vinculação consistente entre a realidade fática e a norma. Nesse contexto, deve-se atentar para as causas que motivaram certa ação, as razões, que levaram a essa prática, e a finalidade, para que a atuação da empresa não se distancie da normalidade empresarial, incorrendo na anormalidade e na ilicitude, conforme observa Edmar de Oliveira Andrade Filho (2009, p. 86/87):



O filtro da anormalidade, para fins fiscais, é dado pela lei. Em matéria de imposto de renda devido pelas pessoas jurídicas no regime do lucro real, a questão da normalidade dos gastos é posta em relevo pela lei. Ela estabelece que as despesas e gastos em geral só poderão ser considerados dedutíveis quando forem observados os critérios de normalidade, necessidade e usualidade. Assim, um gasto só poderá ser considerado dedutível quando, em cada caso, for necessário ou útil para a manutenção da atividade da empresa e, além disso, tiver alguma relação com a atividade explorada.

Daí a importância da causa e dos motivos, que levaram à efetivação do negócio, e a forma utilizada deve refletir a verdadeira intenção que lavara a efetivação do negócio, conforme ensina o ministro (MOREIRA ALVES, 2002, p. 63), ao expor:

A causa do negócio jurídico nada mais é do que a finalidade econômica-prática a que visa a lei quando cria um determinado negócio jurídico. Assim, por exemplo, na compra e venda, a causa do negócio jurídico é a troca da coisa pelo dinheiro (preço). O motivo é de ordem subjetiva das partes que se utilizam de determinado negócio jurídico. Por exemplo, uma pessoa pode utilizar-se do contrato de compra e venda para adquirir alguma coisa com – e é o motivo – a finalidade subjetiva de desfazer-se desta coisa.

Para que haja um verdadeiro planejamento tributário, deve haver uma perfeita relação entre causa, motivo e finalidade, sendo oportuno ressaltar que não existem práticas elisivas, que tenham por finalidade, única e exclusiva, a redução da carga tributária. A adoção de uma determinada prática deve estar associada a uma finalidade empresarial normal, e ao realizar-se essa atividade é que se poderá escolher, entre as várias opções, aquela que traz mais econômica tributária, conforme ensina Edmar Oliveira Andrade Filho (2009, p. 131):

47

Em princípio não existe um ato ou negócio jurídico que seja realizado apenas com fins elisivos; a motivação pode ser a obtenção de alguma forma de otimização da carga tributária sob o pálio da eficiência; no entanto, o negócio produz outros efeitos, no campo do direito privado, especialmente. Logo, para justificar a ação ou omissão elisiva é imprescindível apenas que, além da forma de acordo com a lei e o direito, as decisões pessoais e administrativas que constituem tais práticas tenham uma causa lícita e verdadeira. Em outro falar, não pode ser considerada legítima uma operação declarada que não tenha sido efetivamente realizada ou que tenha sido revertida de forma artificiosa.

Diante desse quadro, a primeira impressão que se tem é que não há qualquer campo para o planejamento tributário. Ledo engano, pois existem muitos atos possíveis, desse que reflitam de fato e formalmente a realidade econômica. Vale dizer, o objetivo estabelecido no ato ou contrato jurídico deve corresponder à realidade fática. A finalidade é aquela estabelecida formalmente e que não figure apenas na aparência, conforme ensina Hermes Marcelo Huck (1997, p. 153), ao enfatizar:

Repita-se, e mais uma vez, que o indivíduo tem o direito de organizar seus negócios e pagar o menor imposto possível, porém essa liberdade deve decorrer de circunstâncias ou eventos ligados à conveniência pessoal, a interesses de ordem familiar, a questões de natureza econômica ou ligadas ao desenvolvimento da empresa, ao seu aprimoramento ou ao incremento de sua eficiência. Sempre que for assim, estará sendo utilizado o direito dentro de sua finalidade, sem abuso, e não haverá que se falar em desconsideração do negócio ou ato para efeitos fiscais.



6 A ESCOLHA DO SISTEMA DE APURAÇÃO DO IRPJ COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

Um exemplo da utilização de uma prática elisiva, fundamentada na legalidade e na liberdade e perfeitamente compatível com a realidade fática, diz respeito à escolha da melhor opção quanto ao sistema de apuração do imposto sobre a renda pessoa jurídica (IRPJ). O contribuinte tem a sua disposição o sistema de apuração pelo sistema de lucro real, ou pela adoção do sistema do lucro presumido. A opção por esse sistema, muitas vezes, configura-se mais vantajoso e caracteriza-se como um planejamento tributário, pois a escolha de um sistema ou de outro estará a cargo da empresa. Nesse aspecto, cabe ressaltar que, para apuração do Imposto Sobre a Renda Pessoa Jurídica e da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido, existem, por disposição contida no art. 44 do Código Tributário Nacional, três grandes sistemas: “Lucro Real, Arbitrado ou Presumido”.

Por regra, utiliza-se o sistema de apuração pelo “Lucro Real” e, como opção, adota-se o sistema do “Lucro Presumido”, e se não for utilizado um sistema ou outro, ou se houver desconsideração da contabilidade ou vício na opção, lança-se mão do sistema do “Lucro Arbitrado”, de plano, muito mais oneroso.

Para a opção pelo sistema do lucro presumido existem algumas regras, destacando-se as restrições estabelecidas pela legislação, seja em relação à atividade, seja em relação ao montante de faturamento, conforme se extrai da legislação pertinente (ANEXO A).

48

Em conformidade com as disposições contidas no art. 14 da Lei 9.718/98, com as alterações estabelecidas pelas Leis 9.964/2000 e 10.637/2002, que apontam como limite de faturamento anual a importância de R\$ 48.000.000,00, é possível fazer uma projeção com o objetivo de fazer uma opção por um sistema de apuração (lucro real ou presumido) por qualquer empresa que não tenha restrição, havendo um campo aberto para opção pelo sistema de lucro presumido.

Conforme se verifica pela legislação exposta, o sistema do lucro presumido acolhe a pessoa jurídica constituída sob vários modelos, conforme explica Edmar Oliveira Andrade Filho (2009, p. 290), ao dizer:

A legislação tributária colhe a figura da pessoa jurídica sob diversos aspectos. Assim, por exemplo, para fins de apuração e recolhimento do imposto de renda de acordo com o lucro real, presumido ou arbitrado, a lei prescreve que esses regimes são aplicáveis às sociedades personalizadas ou não e também às pessoas individuais que são, em virtude de lei, equiparadas a pessoas jurídicas. Em relação a outros tributos, a existência ou não de personalidade não tem importância; importa, sim, a empresa (o estabelecimento) ou qualquer outro elemento de conexão para construção de fatos suscetíveis de serem tributados.

7 CONCLUSÃO

A utilização de formas lícitas de economia tributária caracteriza elisão fiscal, ao contrário da evasão que é uma prática ilícita. O contribuinte tem plena liberdade de orientar seus negócios de forma a obter uma menor carga tributária possível, desde que o faça seguindo aos ditames da legalidade e que reflita a realidade fática e não apenas uma mera formalidade com a finalidade de pagar menos tributos.

Para caracterizar um verdadeiro planejamento tributário tem que haver uma



perfeita sincronia entre a lei, a causa e a finalidade dos negócios. Seguindo esses parâmetros abrem-se aos contribuintes, inúmeras possibilidades de planejamento tributário, tomado como ponto de partida a opção por um sistema de apuração do IRPJ mais favorável.

A título de exemplo, pode-se mencionar a opção que se apresenta viável para ser colocado em prática, é a criação de várias empresas ao invés de apenas uma empresa que ultrapasse os limites para adesão do sistema, pelo lucro presumido, levando-se em consideração um caso concreto, no qual a adoção da apuração pelo sistema do lucro presumido se apresente mais vantajoso. No caso, não há nada de ilegal nessa prática; no entanto, as empresas deverão funcionar com autonomia administrativa, comercial e formal e sua finalidade deve ser efetivamente a realização dos seus negócios de forma real.

Nota-se pelo exemplo citado que houve o exercício da liberdade de negócios em conformidade com a legalidade, pugnando-se pela consistência fática das atividades, e não apenas uma mera formalidade. Além disso, a opção deve ser efetuada antes da prática do nascimento da obrigação tributária. Isto é, antes da ocorrência do fato gerador, pressuposto indispensável para configuração da elisão fiscal.

Por fim, retomando-se as palavras iniciais, muito se fala de planejamento tributário e muitas ilusões são vendidas sob esse título, mas não existem milagres e a prática não se faz de forma instantânea, mas sim, gradativamente, acompanhando-se o crescimento da empresa, seja no setor de faturamento, seja no da diversificação de atividades. Trata-se de uma política administrativa a ser compreendida e assimilada culturalmente pelos administradores e sócios da empresa, para ser utilizada de forma constante e gradativa.

REFERÊNCIAS

49

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Planejamento Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **Hipótese de Incidência Tributária**. 5 ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 1994.

BORGES, Humberto Bonavides. **Gerência de Impostos**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FABRETTI, Láudio Camarco. **Contabilidade Tributária**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FALCÃO, Amilcar de Araújo. **Fato Gerador da Obrigação Tributária**. 4 ed. Atua., por Geraldo Ataliba. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. São Paulo: Dialética, 2004.

GUERREIRO, Rutnéa Navarro. **Planejamento Fiscal: Teoria e Prática**, v. 2. Valdir de Oliveira Rocha. (Coord.). São Paulo: Dialética, 1998.



O direito à prática de planejamento tributário, com amparo na legalidade tributária e no exercício da liberdade de iniciativa, e suas limitações

HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e Elisão Fiscal, Rotas Nacionais e Internacionais de Planejamento Tributário**. São Paulo. Saraiva, 1997.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Figuras Correlatas: abuso de forma, abuso de direito, dolo, negócios jurídicos simulados, fraude à lei, negócio indireto e dissimulação. *In: Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2002.

SOARES DE MELO, José Eduardo. **Planejamento Fiscal: Teoria e Prática**, v. 2. Valdir de Oliveira Rocha. (Coord.). São Paulo: Dialética, 1998.

ANEXO A

Lei nº 8.383/91:

Art. 38. A partir do mês de janeiro de 1992, o imposto de renda das pessoas jurídicas será devido mensalmente, à medida que os lucros forem auferidos.

§ Para efeito do disposto neste artigo, as pessoas jurídicas deverão apurar, mensalmente, a base de cálculo do imposto e o imposto devido.

Art. 39. As pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real poderão optar pelo pagamento, até o último dia útil do mês subsequente, do imposto devido mensalmente, calculado por estimativa, observado o seguinte:

[...]

Lei nº 8.981/95:

Art. 25 A partir de 1º de janeiro de 1995, o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive das equiparadas, será devido à medida em que os rendimentos, ganhos e lucros forem sendo auferidos.

Art. 26. As pessoas jurídicas determinarão o imposto de renda segundo as regras aplicáveis ao regime de tributação com base no lucro real, presumido ou arbitrado.

§ 1º É facultado às sociedades civis de prestação de serviços relativos às profissões regulamentadas (art. 1º do Decreto-lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987) optarem pelo regime de tributação com base no lucro real ou presumido.

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, a opção de caráter irrevogável, se fará mediante o pagamento do imposto correspondente ao mês de janeiro do ano-calendário da opção ou do mês de início de atividade.

Art. 30. As pessoas jurídicas que explorem atividades imobiliárias relativas a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda, deverão considerar como receita bruta o montante efetivamente recebido, relativo às unidades imobiliárias vendidas.

[.....]

Lei nº 9.249/95:

Art. 1º. As bases de cálculo e o valor dos tributos e contribuições federais serão expressos em Reais.

Art. 2º. O imposto sobre a Renda das pessoas jurídicas e a contribuição social sobre o lucro líquido serão determinados segundo as normas da legislação vigente, com as alterações desta Lei.

Art. 3º. Alíquota do Imposto sobre a Renda das pessoas jurídicas é de 15% (quinze por cento).

§ 1º A parcela do lucro real, presumido ou arbitrado, que exceder o valor resultante da multiplicação de R\$- 20.000,00 (vinte mil reais) pelo número de meses do respectivo período de apuração, sujeita-se à incidência de adicional de imposto de renda à alíquota de 10% (dez por cento).

Art. 4º Fica revogada a correção monetária das demonstrações financeiras de que tratam a Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989, e o art. 1º da Lei nº 8.200, de 28 de junho de 1991.



Parágrafo único. **Fica vedada a utilização de qualquer sistema de correção monetária de demonstrações financeiras, inclusive para fins societários.**

[.....]

Art. 15. **A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante aplicação do percentual de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta auferida mensalmente**, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de:

I – 1,6% (um inteiro e seis décimos por cento), para **atividade de revenda, para consumo de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural;**

II – 16% (dezesesseis por cento);

a)- para a **atividade de prestação de serviços de transporte, exceto de carga**, para o qual se aplicará o percentual previsto no caput deste artigo;

[.....]

III- 32% (trinta e dois por cento), para as atividades de:

a)- **prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares;**

b)- **intermediação de negócios;**

c)- **administração, locação ou cessão de bens imóveis, móveis e direitos de qualquer natureza;**

d)- **prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica..... (factoring)**

16. **O lucro arbitrado** das pessoas jurídicas será determinado mediante aplicação, sobre a receita bruta, quando conhecida, dos percentuais fixados no **art. 15, acrescidos de 20% (vinte por cento).**

51

Lei nº 9.430/96:

Art. 1º A partir do ano-calendário de 1997, o imposto de renda das pessoas jurídicas será **determinado com base no lucro real, presumido, ou arbitrado**, por **períodos de apuração trimestrais**, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observada a legislação vigente, com as alterações desta Lei..

[.....]

Art. 2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá **optar pelo pagamento do imposto em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada**, mediante a aplicação sobre a receita bruta auferida mensalmente, dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30 a 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.

§ 1º o Imposto a ser pago mensalmente na forma deste artigo será determinado mediante a aplicação, sobre a **base de cálculo, da alíquota de 15%** (quinze por cento).

§ 2º A parcela da base de cálculo, apurada mensalmente, **que exceder a R\$-20.000,00** (vinte mil reais) ficará sujeita à incidência de adicional de imposto de renda à alíquota de **10% (dez por cento).**

§ 3º A pessoa jurídica que optar pelo pagamento do imposto na forma deste artigo **deverá apurar o lucro real em 31 de dezembro de cada ano**, exceto nas hipóteses de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo anterior.

[.....]

Art. 3º A adoção da forma de pagamento do imposto prevista no art. 1º, pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime do lucro real, ou **a opção pela forma do art. 2º será irretratável para todo o ano-calendário.**

Parágrafo único. **A opção pela forma estabelecida no art. 2º será manifestada com o pagamento do imposto correspondente ao mês de janeiro ou de início de atividade.**



O direito à prática de planejamento tributário, com amparo na legalidade tributária e no exercício da liberdade de iniciativa, e suas limitações

Art. 25. **O lucro presumido será o montante determinado pela soma das seguintes parcelas:**

I – o valor resultante da aplicação dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei n° 9.249, de 26 de dezembro de 1995, sobre a receita bruta definida pelo art. 31 da Lei n° 8.981, de 20 de janeiro de 1995, auferida no período de apuração de que trata o art. 1° desta Lei;

II – os ganhos de capital, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, as demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo inciso anterior e demais valores determinados nesta Lei, auferidos naquele mesmo período.

Art. 26. **A opção pela tributação com base no lucro presumido será aplicada em relação a todo o período de atividade da empresa em cada ano-calendário.**

§ 1° **A opção de que trata este artigo será manifestada com o pagamento da primeira ou única quota do imposto devido correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano-calendário.**

[.....]

Art. 27. **O lucro arbitrado será o montante determinado pela soma das seguintes parcelas:**

I – o valor resultante da aplicação dos percentuais de que trata o art. 16 da Lei n° 9.249, de 26 de dezembro de 1995, sobre a receita bruta definida pelo art. 31 da Lei n° 8.981, de 20 de janeiro de 1995, auferida no período de apuração de que trata o art. 1° desta Lei;

Art. 40. **A falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica, assim como a manutenção, no passivo, de obrigações cuja exigibilidade não seja comprovada, caracterizam, também, omissão de receita.**

Art. 41. **A omissão de receita poderá, também, ser determinada a partir do levantamento por espécie das quantidades de matérias-primas e produtos intermediários utilizados no processo produtivo da pessoa jurídica.**

[.....]

52

42. **Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.**

Lei n° 9.718/98:

Art. 13. **A pessoa jurídica cuja receita bruta total, no ano-calendário anterior, tenha sido igual ou inferior a R\$- 48.000.000,00 (quarenta e oito milhões de reais), ou R\$-4.000.000,00 (quatro milhões de reais) multiplicado pelo número de meses de atividade do ano-calendário anterior, quando inferior a 12 (doze) meses, poderá optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido.**

§ 1° **A opção pela tributação com base no lucro presumido será definitiva em relação a todo o ano-calendário.**

[.....]

Art. 14. **Estão obrigadas à apuração do lucro real as pessoas jurídicas:**

I – cuja receita total, no ano-calendário anterior, seja superior ao limite de R\$-48.000.000,00 (quarenta e oito milhões de reais), ou proporcional ao número de meses no período, quando inferior a 12 (doze) meses;

II- **cujas atividades sejam de bancos comerciais, bancos de investimentos....**

III- **que tiverem lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundos do exterior;**

IV- **que, autorizados pela legislação tributária, usufruam de benefícios fiscais relativos à isenção ou redução do imposto;**

V – **que, no decorrer do ano-calendário, tenham efetuado pagamento mensal pelo regime de estimativa, na forma do art. 2° da Lei n° 9.430, de 1996;**

VI- **que explorem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia,.....(factoring).**



**CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERVENÇÃO DO ESTADO
NO DOMÍNIO ECONÔMICO E A REGULAÇÃO DA ATIVIDADE
ECONÔMICA**

Ana Karina Ticianelli Möller¹

RESUMO

O artigo trata da transformação do Estado Liberal em Intervencionista, mostrando as consequências na ordem constitucional econômica nacional, bem como analisa alguns aspectos da regulação da atividade econômica por parte do Estado.

Palavras chave: Estado. Ordem Constitucional Econômica. Intervenção no Domínio Econômico. Regulação. Agências Reguladoras.

ABSTRACT

The article deals with the transformation of the Liberal State in Interventionist, showing the consequences in the national economic constitutional order, as well as analyzes some aspects of the regulation of the economic activity on the part of the State.

Keywords: State. Economic Constitutional Order. Intervention in the Economic Domain. Regulation. Regulating Agencies.

53

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO LIBERAL EM INTERVENционISTA. 3 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. 4 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL. 5 A REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. 6 CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

1 INTRODUÇÃO

O Estado, ao longo do século, passou por diversas fases distintas. A primeira delas como Estado Liberal, com funções reduzidas, basicamente referentes à segurança, justiça e serviços essenciais. A fase seguinte como o Estado Social, em que assumiu diretamente alguns papéis econômicos, destinados a corrigir algumas distorções e amparar aqueles que estavam à margem do progresso econômico. Finalmente verifica-se a fase da pós-modernidade, que Estado encontra-se sobre densa crítica, associado à idéia de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção (BARROSO, 2006).

O Estado Federal Brasileiro se transforma e, com a Constituição Federal de

¹ Advogada. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Docente na Unifil - Centro Universitário Filadélfia.



1988, surge a previsão, no Capítulo “da Ordem Econômica”, de diversas situações em que passa de ator direto para interventor em diversos setores estratégicos, ressaltando-se, assim, a importância da atividade reguladora na atividade econômica.

A existência de novas normas constitucionais, referentes à ordem econômica, traduz que o direito, além de prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, é também instrumento de implementação de políticas públicas (GRAU, 2005) e de ações de desenvolvimento.

2 A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO LIBERAL EM ESTADO INTERVENCIONISTA

O Estado Liberal que emergiu da Revolução Francesa, como antítese do Estado Absoluto, e que predominou durante o século XIX, operou uma dissociação bem nítida entre a atividade econômica e a atividade política (VENÂNCIO FILHO, 1998). Surge em contrapartida ao Estado Absolutista (séculos XV a XVIII), que caracterizou-se pela concentração de poderes na figura do Monarca e pela ausência de limites na sua atuação.

54

O liberalismo clássico pode ser identificado nos núcleos moral, político e econômico. No núcleo moral, encontram-se os valores e direitos básicos, com a liberdade de expressão, crença e outras, a dignidade, vida, autorealização, proteção individual contra o governo, mobilidade social pelo merecimento pessoal, igualdade formal entre homens e mulheres. No núcleo político, estão caracterizados o poder político consentido, a representação popular, o constitucionalismo, a soberania popular e o império da lei. No núcleo econômico, encontram-se a propriedade privada, liberdade econômica, auto-organização do mercado, concorrência sem controle estatal e liberdade contratual plena (STRECK, 2004).

O Estado Liberal tem como fim a garantia do desenvolvimento das liberdades individuais, em que o indivíduo possa atingir os fins que eleger, segundo suas capacidades e talentos. Não há preocupação com o bem-geral e sim com a remoção de obstáculos que impedem que cada um alcance o bem-estar individual. O Estado é indiferente ao conteúdo das normas e preocupa-se somente se possibilitam a coexistência dos indivíduos para que estes alcancem seus fins individuais. A instituição e manutenção da ordem jurídica visam garantir o exercício das liberdades individuais (MONCADA, 2007).

Durante a vigência do Estado Liberal, a plena liberdade contratual e o pressuposto da propriedade privada dos meios de produção fizeram que restasse ao trabalhador somente sua força de trabalho para trocar no mercado, que somada ao capital, produzia rendimentos. Para o trabalhador o salário, para o capital o lucro (SCAFF, 1990, p. 32).

Em meados do século XIX, com os acontecimentos de importantes movimentos sócioeconômicos e políticos, tais como a revolução industrial, as guerras mundiais, o colapso econômico americano em 1929 e outros, tem início a transformação da estrutura deste Estado Liberal.

A liberdade generalizada nos mercados propicia o surgimento de economia de escala, contrariando a filosofia liberal de mercado. Surgem externalidades, positivas e negativas, que não podem ser apuradas pelo mercado, bem como crises caracterizadas por estocagem e desemprego. Alguns estudos econômicos, desenvolvidos no auge do Estado Liberal, caminham no sentido de negação do mercado e planificação da economia, gerando benefícios coletivos, e mitigando inúmeros institutos do liberalismo (SCAFF, 1990, p. 34).



O neoliberalismo surge como uma nova corrente do liberalismo, visando rever alguns dogmas do liberalismo clássico, inserindo uma interferência maior do Estado em espaços reservados à iniciativa privada e promovendo uma ação voltada à viabilização dos direitos mínimos.

Inicialmente a intervenção do Estado vem de forma esporádica, com solução de conflitos decorrentes do modelo liberal, objetivando a preservação da liberdade contratual e a propriedade privada. A idéia da necessária intervenção do Estado é introduzida e, posteriormente, consolidada no Estado do Bem-Estar Social, garantidor de direitos como saúde, educação, lazer, previdência, alimentação, considerados direitos políticos. Ressalta-se a melhoria das condições de vida dos indivíduos, com atribuição ao Estado de uma função social.

No Estado de Bem Estar, os valores não são somente os de liberdade individual, surgindo novas gerações de direitos. O poder político consentido é consolidado e, além da representação popular, são inseridos instrumentos de atuação direta do cidadão nas decisões. Encontra-se liberdade econômica, auto-organização do mercado e concorrência com possibilidade de controle estatal. A propriedade privada passa a ter função social e a liberdade contratual deve respeitar o equilíbrio efetivo dos contratantes, com preservação da boa-fé (STRECK, 2004, p. 61).

O Estado passa a atuar em todas as atividades, inclusive na economia, com finalidades próprias, transformando-se em agente de realizações. As normas de ordem pública, que visam à realização dos valores de solidariedade, ao respeito e à boa-fé, são limites ao relevo da autonomia da vontade das partes (MONCADA, 2007).

3 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

55

Com a transformação do Estado Liberal em Intervencionista, fica a responsabilidade deste de atenuar os conflitos verificados no Estado Liberal, visando atingir a liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção.

Apesar da Constituição Federal de 1988 ter consagrado uma economia descentralizada de mercado, Alexandre de Moraes (2010) lembra que ficou o Estado autorizado a intervir no domínio econômico como agente regulador e normativo, exercendo as funções fiscalizadoras, incentivadoras e planejadoras, indicativas ao setor privado, sempre em observância aos princípios constitucionais da ordem econômica.

Para Miguel Reale Junior “esta atuação do Estado como agente normativo ou regulador é de ser concretizada com respeito aos princípios que regem a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, visando assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social” (1992, p.8).

Eros Roberto Grau (2005) traça os modos de intervenção sob a forma de participação ou absorção e a intervenção no domínio econômico, de cuja manifestação acontece, através das normas de direção e indução. Por absorção, quando a desenvolve por monopólios, retendo para si um determinado segmento da economia, em caráter exclusivo. Por participação quando dá margem a que o Estado se nivele ao particular e, em termo de igualdade, possa atuar concorrentemente no mercado. Quando o Estado intervém somente com o objetivo de normatizar as condutas econômicas, fixando sanções. Fá-lo por meio das normas de direção, típicas do Estado Liberal e perpetradas no Estado atual.



Conforme artigo 173 da Constituição Federal de 1988, a atividade econômica exercida pelo Estado pode ser entendida em dois sentidos: amplo ou estrito. Neste, a atividade econômica denota a atividade reservada à iniciativa privada, que o Estado pode exercer somente em caráter excepcional. Naquele, a expressão pode designar tanto a atividade reservada à iniciativa privada, que o Estado deve exercer somente em caráter excepcional, quanto à atividade assumida como serviço público. No entanto, enquadrar-se-iam como atividade econômica, em sentido amplo, apenas os serviços públicos que apresentem caráter econômico, industriais e comerciais, como os serviços de transporte, fornecimento de energia elétrica, entre outros.

Encontra-se também a classificação entre intervenção direta e indireta. Esta quando o Estado age dirigindo ou controlando as atividades econômicas privadas, não como partícipe, mas como legislador. É o Estado como ordenamento que atua, no âmbito do fomento econômico, da política econômica ou da criação de infraestrutura. Atua o Estado de forma direta quando exerce atividade econômica, assumindo a condição de parceiro dos agentes privados econômicos. Caracteriza-se como a intervenção do Estado como instituição (SCAFF, 1990, p. 43).

Existem duas possibilidades na prestação indireta: pode o Estado constituir pessoas jurídicas públicas (autarquias e fundações públicas – as chamadas “fundações autárquicas”) ou privadas (sociedades de economia mista e empresas públicas) e, mediante lei (CF, art. 37, XIX), outorgar a tais entes a prestação do serviço público, seja de educação, água, eletricidade ou qualquer outro. Ou pode, por outro lado, delegar à iniciativa privada, mediante contrato ou outro ato negocial, a prestação do serviço. Serve-se aí o Estado de figuras jurídicas como a concessão e a permissão. O *caput* do art. 175 da Constituição Federal provê sobre o tema: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

56

Mais recentemente, têm sido concebidas diferentes formas de delegação, identificadas genericamente como “terceirização”, que incluem espécies negociais como a franquia e o contrato de gestão, entre outros.

O Estado brasileiro pode agir de forma direta, conforme previsto no Artigo 173 da Carta Magna, e de forma unilateral, com função reguladora, incentivadora, fiscalizadora e planejadora, como disposto no Artigo 174 da mesma Carta. O Estado, ao diminuir sua participação direta, aumenta sua ação como interventor, por meio das agências reguladoras.

Ao realizar atividades econômicas, constitucionalmente assumidas como serviço público, industrial ou comercial, fica o Estado sujeito ao comando do art. 175 da Constituição Federal. Como atua em seu campo de incumbência, não há que se falar em intervenção, mas em atuação estatal. Em outras palavras, o Estado não está intervindo em campo diverso, mas atuando naquele que lhe é próprio.

Em contrapartida, quando exerce uma atividade econômica pertencente ao campo reservado à iniciativa privada, o aparato estatal deixa de atuar em sua área de incumbência para intervir em outra. Neste caso, é correto se falar em intervenção estatal no domínio econômico.

4 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

A ordem econômica consiste no conjunto de normas constitucionais que definem os objetivos de um modelo para a economia e as modalidades de intervenção do Estado nessa área. Indica valores sócioeconômicos que devem ser realizados por meio da positividade.



A Constituição Federal, em seu artigo 170, estabelece o conjunto de normas em que a ordem econômica deve se pautar:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas, sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

No *caput* do art. 170, destaca-se que a ordem econômica possui dois fundamentos: valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Esses princípios apontam a direção dada à ordem econômica, mas sempre analisados de acordo com o sistema constitucional, que tem como norte a função social.

Toda a ordem econômica volta-se a um liberalismo-social ou socialismo liberal, que constituem a terceira via da economia moderna, segundo Miguel Reale e Oscar Corrêa. Ambos os autores mostram que a economia de mercado prevista na Constituição Federal contém valores sociais, sendo os dois maiores fundamentos do artigo 170 a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa (MARTINS, 2004, p. 42).

Para compreensão da opção brasileira do atual regime jurídico-constitucional, que expõe os ideários que identificam os modelos de Estado adotados, é necessária a identificação nestes modelos de Estado os valores e normas que cada um possibilita positivar.

5 A REGULÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

A teoria geral da regulação, na concepção de Salomão Filho (2001), quando bem aplicada, pode representar a contribuição mais útil ao Estado que decide retirar-se da intervenção econômica direta para a função de organizador das relações sociais e econômicas, pois reconhece ser insuficiente o mero e passivo exercício de um poder de polícia sobre os mercados.

O mesmo autor lembra que, no campo econômico, o conceito de regulação é correspondência necessária de dois fenômenos: a redução da intervenção direta do Estado na economia e o crescimento do movimento de concentração econômica. Ressalta também que os aspectos econômicos e sociais convivem e que a preponderância de um sobre o outro varia conforme a natureza do setor regulado².

² Salomão Filho defende essa idéia tendo em vista que as teorias clássicas da regulação criam um impasse, pois critica-se a Escola de Interesse Público pela concentração em torno da noção de serviço público e pela sua crença na possibilidade de controle dos agentes privados que prestam serviço público, bem como a teoria neoclássica da regulação, por ser impossível recriar o mercado em laboratório.



Importante ressaltar a diferença, pela forma de intervenção, entre a aplicação pura do direito antitruste, cuja atuação é essencialmente passiva, com controle na formação de estruturas e sancionando condutas, da regulação, como forma de garantia de um processo de integração econômica equilibrada, que não se limita a esta função, pois há a preocupação com a verdadeira criação da utilidade pública da criação efetiva de um sistema de concorrência.

A concorrência passa a ser um valor institucional a ser protegido, pois a possibilidade de escolha tem um valor social, que deve ser reconhecido e protegido pelo Direito e contando com a intervenção do Estado para garanti-la.

A concepção institucional da regulação leva tanto a preservação da escolha e liberdade econômica individual como ao cumprimento da função social da empresa, prevista constitucionalmente.

Salomão Filho (2001, p.42) explica que “a regulação não visa a eliminar falhas do mercado, mas sim estabelecer uma pluralidade de escolhas e um amplo acesso ao conhecimento econômico, que jamais existirá em um mercado livre”.

Existem setores que necessitam maior preocupação com uma regulação que garanta difusão de conhecimento econômico. São aqueles em que, por diversas razões de ordem pública, a entrada e a permanência são controladas. O Estado, para garantir a segurança e a integridade física e econômica dos indivíduos da nação, estabelece condições especiais e entrada e permanência no mercado. Além desses setores, existem aqueles que são não-regulamentáveis, em que o serviço é prestado diretamente pelo Estado, nos casos da existência de externalidades, positivas ou negativas na atividade econômica. Na hipótese da não possibilidade de recompensa dos benefícios ou compensação dos malefícios, a participação do particular torna-se inviável, citando-se os casos da educação e da saúde.

58

Desta maneira, ocorre a transferência, pelo Estado, do dever de execução de uma ampla gama de serviços ao setor privado, estranho à estrutura da administração pública. Ressalta-se que o fato de serviços públicos serem prestados por empresas privadas concessionárias não modifica a sua natureza pública. Grupos econômicos surgiram com interesse em explorar atividades que outrora eram de exclusiva função do Estado, como os serviços de telecomunicações e energia. Esses serviços são de responsabilidade, em última análise, do Estado, pois são essenciais ao bem comum.

Para a segurança e controle dessa prestação de serviços foram criadas as agências reguladoras, cuja função é ditar as normas de condução entre os agentes envolvidos, ou seja, o Poder Público, o prestador dos serviços, e os usuários. O Estado conserva responsabilidades e deveres em relação à sua prestação adequada, e, em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulação e fiscalização.

As agências reguladoras podem ser consideradas como as representantes do Estado regulador, encontradas nos diversos âmbitos do Estado, como o federal, o estadual e o municipal. A elas cabem a regulação de importantes setores de serviços públicos e áreas econômicas consideradas estratégicas para o país como energia, telecomunicações, petróleo e gás, etc. Estão sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União, por força do disposto nos artigos 70 e 71 da Constituição Federal, uma vez que integram a administração pública indireta.

É importante ressaltar que os poderes estratégicos do Estado não sofrem limitações pelas concessões, tendo em vista que todas as atividades do setor privado é que sofrem limitações pelo setor público.

Luis Roberto Barroso (2002) destaca que, embora a etimologia sugira a asso-



ciação da função reguladora com o desempenho de competências normativas, seu conteúdo é mais amplo e variado. Explica o autor que, ainda quando se aproxime eventualmente da idéia de poder de polícia administrativa – poder de direcionar as atividades privadas de acordo com interesses públicos juridicamente definidos, a regulação contempla uma gama mais ampla de atribuições relacionadas ao desempenho de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos, incluindo sua disciplina, fiscalização, composição de conflitos e aplicação eventual de sanções.

Entre as inúmeras tarefas das agências reguladoras, é possível identificar, entre outras, o controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, a universalização do serviço, estendendo-os a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos, o fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural, a fiscalização do cumprimento do contrato de concessão e o arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais, etc. (BARROSO, 2002, p. 120).

A função reguladora é, na verdade, um híbrido de atribuições de natureza variada, inclusive fiscalizadoras e negociadoras, mas também normativas, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras. Ela se vale de um complexo de funções clássicas – administrativas, normativas e judicantes, variando apenas o método decisório. No domínio da função reguladora, devem predominar as escolhas técnicas, preservadas das disputas partidárias e das complexidades dos debates congressuais, mais apropriados às escolhas político-administrativas. Em uma tentativa de sistematização, inspirada pela clássica divisão de funções no âmbito do Estado, é possível classificar as atividades das agências reguladoras em executivas, decisórias e normativas (BARROSO, 2002).

6 CONCLUSÃO

59

Apesar da dificuldade da delimitação do tema proposto, e da pretensiosa tentativa de analisar os fundamentos teórico-filosóficos da transformação do Estado Liberal em Intervencionista, da intervenção do Estado no domínio econômico, da ordem econômica constitucional e da regulação da atividade econômica, resta demonstrada a preocupação da sociedade moderna, bem como do Estado Contemporâneo em compreender e delimitar as necessidades e os limites da intervenção do Estado e os mecanismos utilizados neste processo, visando possibilitar que o mercado seja acessível a todos, com igualdade de condições e prevalência do espírito democrático para regras justas.

O Estado, ao verificar a dificuldade e impossibilidade de prover, de modo plausível, todas as necessidades da coletividade, com as constantes e necessárias adaptações às mudanças ocorridas no mercado econômico, transferiu tal responsabilidade ao setor privado, criando, a fim de evitar os abusos do poder econômico e manter a qualidade e os preços dos serviços prestados, as agências reguladoras para controlar e fiscalizar a atividade pública a ser realizada por companhias privadas.

Com a passagem para o Estado Intervencionista há uma diferente forma de estruturação da ordem econômica, que passa a prever valores sociais e liberais, em um sistema híbrido, mais eficiente para o próprio Estado e para toda a sociedade, na busca da concretização dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal.



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da. As Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e a Constituição. **Scientia Jurídica**, v. 7/8. Londrina: UEL, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 5 ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

REALE JR., Miguel. **Casos de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SALOMAO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do Estado Intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990.

60 STRECK, Lênio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VENANCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.



CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Demétrius Coelho Souza*

RESUMO

O presente artigo objetiva tecer algumas considerações sobre o instituto da responsabilidade civil, notadamente na área de direito ambiental. Faz, também, algumas ponderações sobre a possibilidade, ou não, de se falar em dano ambiental futuro.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Dano. Possibilidade de se Indenizar o Dano Futuro.

ABSTRACT

The present essay tries to point out some issues concerning the civil liability institute, mainly in the area of environmental law. It also tries to find out if it is possible, or not, to have a possible future environmental damage repaired.

Keywords: Environmental law. Damage. Possibility of if Indemnifying the Future Damage.

SUMÁRIO

1 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. 2 TEORIAS SUBJETIVA E OBJETIVA EM TORNO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. 4 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL FUTURO. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

61

1 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicialmente, necessário dizer que a palavra responsabilidade advém do verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir as consequências jurídicas de sua atividade, isto é, “indica garantia de restituição ou compensação do bem lesado” (GONÇALVES, 1994, p. 15).

Mais especificamente em relação ao Direito, pode-se dizer que o instituto gravita em torno do princípio do *neminem laedere*, representando a idéia de que a ninguém se deve lesar. A invocação desse princípio, aliás, constitui um ideal da mais alta justiça, como bem observado por Silvio de Salvo Venosa (2006, p. 25):

João Franzen de Lima (1977, v. 1:35) propõe o critério já acoimado por Clóvis Beviláqua, invocando os famosos brocardos de Ulpiano ao expor os *iuris praecepta*, que podem resumir toda uma filosofia, em um plano global do Direito: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*. Viver honestamente, não lesar a ninguém e dar a cada um aquilo que é seu. A invocação desses princípios pelo julgador, na lacuna da lei, ou mesmo em sua interpretação, constitui um ideal da mais alta justiça.

* Mestre em Direito pela UEM. Especialista em Direito Empresarial (UEL), Filosofia Política e Jurídica (UEL) e em Direito Civil e Processual Civil (UEL). Professor de Direito na PUCPR, Campus Londrina e na UniFil. Advogado. Autor do livro “O Meio Ambiente das Cidades”, publicado pela Editora Atlas.



No mesmo sentido, reflete Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 13):

o anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*. Impera nesse campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se à vítima à situação anterior à lesão.

Por essa razão afirma-se que a responsabilidade civil encontra suas raízes no princípio fundamental do *neminem laedere*, impondo reparação em caso de violação de um dever (jurídico) previamente estabelecido. Nessa medida, a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, ao violar uma norma jurídica preexistente, subordinando-se às consequências do seu ato, impondo-se-lhe a obrigação de reparar o dano causado.

Em razão da importância desse princípio, não se poderia deixar de lembrar lição de Norberto Bobbio (1999, p. 33), que, de forma precisa, afirma:

para conceber um ordenamento jurídico reduzido a uma só norma particular, seria preciso erigir em norma particular a ordem de não prejudicar ninguém (*neminem laedere*). Penso que só a ordem de não causar dano a ninguém poderia ser concebida como aquela a que possa ser reduzido um ordenamento jurídico com uma norma particular única [...].

62 Verifica-se, portanto, a importância desse princípio (geral de direito), verdadeiro baluarte de toda a matéria alusiva à responsabilidade civil. Nesse sentido, ensina Álvaro Villaça Azevedo (2004, p. 276) que a responsabilidade civil “é a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposo, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei, ou, ainda, decorrente do risco para os direitos de outrem”.

Dessa maneira, diante da ocorrência de um dano, deve o infrator efetuar a devida reparação, quer repondo “in natura” o estado anterior das coisas, quer efetuando o pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, evidenciando, assim, a plena aplicabilidade do já mencionado *neminem laedere*.

Não basta, porém, apenas a existência de um dano para gerar o dever de reparar. Revela-se necessário a presença de alguns outros elementos: inobservância de regras contratuais, caso haja um contrato, e conduta comissiva ou omissiva, culpa (no caso da teoria subjetiva) e nexa causalidade caso não exista um contrato anteriormente entabulado pelas partes. Neste último caso, diz-se que a responsabilidade é extracontratual.¹

¹ Nesse particular, afirma Geneviève Viney que a expressão “responsabilidade civil” designa, na linguagem jurídica atual, a soma de regras que impõem ao autor de um dano causado a outrem o dever de repará-lo, oferecendo, para tanto, uma compensação à vítima. Essa responsabilidade civil engloba a responsabilidade contratual bem como a extracontratual. No original: “L’expression «responsabilité civile» designe, dans le langage juridique actuel l’ensemble des règles que obligent l’auteur d’un dommage causé à autrui à le réparer en offrant à la victime une compensation. Elle englobe donc la responsabilité contractuelle comme la responsabilité extra-contractuelle”. In: Introduction à la Responsabilité. 3^e ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006, p. 1.



2 TEORIAS SUBJETIVA E OBJETIVA EM TORNO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como visto, o marco inicial do exame da responsabilidade civil é a apreciação de um dever violado, caracterizado, no dizer de Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 474), como “o ato ou a abstenção que devem ser observados pelo homem diligente, vigilante e prudente”.

Assim, se há um contrato, o exame da culpa inicia-se pela verificação da conduta do agente em relação a este mesmo contrato. Esse exame, no entanto, pode extravasar a simples investigação contratual e partir para o dever de conduta geral imposto a todas as pessoas. Em outros termos, em não havendo contrato, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana se faz presente, surgindo, segundo Pablo Gagliano Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 17), o seguinte quadro:

a) responsabilidade contratual ⇒ inadimplemento da obrigação prevista no contrato (violação de norma contratual anteriormente fixada pelas partes) ⇒ arts. 389 e ss., 395 e ss. do Código Civil;

b) responsabilidade extracontratual ou aquiliana ⇒ violação direta de uma norma legal ⇒ arts. 186 a 188 e 927 e ss. do Código Civil.

Desta sorte, para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se necessário que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, verificando a culpa contratual quando da violação de um dever ali imposto. Na culpa extracontratual ou aquiliana, por sua vez, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém (*neminem laedere*).

E, em relação à regra geral a todos imposta, prevê o ordenamento jurídico brasileiro a existência de duas teorias: a subjetiva e a objetiva. Para a teoria subjetiva, revela-se imprescindível a demonstração do elemento culpa, entendida, regra geral, como a violação de um dever de conduta, a desídia, a falta de cuidado. Tal já não ocorre com a teoria objetiva do dever de indenizar, que exige, para sua incidência, apenas a demonstração do fato tido como lesivo, o dano e o nexo causal existente entre ambos.

Necessário apontar, ainda, a inexistência de um consenso doutrinário no que se refere à prevalência de uma teoria sobre outra, sustentando alguns doutrinadores que a teoria subjetiva é a regra geral, devendo a teoria objetiva ser aplicada de forma subsidiária. Com essa perspectiva, manifesta-se Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade Nery (2005, p. 16): “o sistema geral do Código Civil é o da responsabilidade civil subjetiva (CC 186), que se funda na teoria da culpa, devendo a responsabilidade civil objetiva, que se funda na teoria do risco, ser aplicada subsidiariamente”.

De outra banda, há doutrinadores que se inclinam pela adoção da teoria objetiva, sustentando tal posicionamento em razão das inúmeras mudanças perpetradas por leis especiais. Nesse sentido, a lição de Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 22-23):

o Código Civil de 2002 fez profunda modificação na disciplina da responsabilidade civil estabelecida no Código anterior, na medida em que incorporou ao seu texto todos os avanços anteriormente alcançados. Podemos afirmar que, se o Código Civil de 1916 era subjetivista, o Código atual prestigia a responsabilidade objetiva. Mas isso não significa dizer que a responsabilidade subjetiva tenha sido inteiramente afastada. Responsabilidade subjetiva teremos sempre, mesmo não havendo lei prevendo-a, até porque essa res-



responsabilidade faz parte da própria essência do Direito, da sua ética, da sua moral – enfim, do sentido natural de justiça. Decorre daquele princípio superior de Direito de que ninguém pode causar dano a outrem. Então – vale repetir –, temos no Código atual um sistema de responsabilidade prevalentemente objetivo, porque esse é o sistema que foi montado ao longo do século XX por meio de leis especiais; sem exclusão, todavia, da responsabilidade subjetiva, que terá espaço sempre que não tivermos disposição legal expressa consagrando a responsabilidade objetiva.

Para Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 141), portanto, embora o Código Civil de 2002 tenha mantido a responsabilidade subjetiva, “optou pela responsabilidade objetiva, tão extensas e profundas são as cláusulas gerais que a consagram, tais como o abuso de direito (art. 187), o exercício da atividade de risco ou perigosa (parágrafo único do art. 927) [...]”.

Há, por fim, quem sustente ser impertinente falar em regra e exceção. Nessa linha, filia-se Nelson Nery Junior (2003, p. 488):

3. Sistema de indenização do CC. São dois os regimes jurídicos da responsabilidade civil no sistema do CC: a) responsabilidade subjetiva; b) responsabilidade objetiva. Ambas têm a mesma importância no sistema do CC, não havendo predominância de uma sobre a outra. Conforme o caso, aplica-se um ou outro regime da responsabilidade civil, sendo impertinente falar-se em regra e exceção.

De qualquer forma, cumpre observar que a teoria objetiva, em torno da responsabilidade extracontratual, surgiu não apenas das mais diversas situações ocorridas ao longo dos séculos XIX e XX, mas também da insatisfação e da (grande) dificuldade em se demonstrar a culpa do agente causador do dano, o que culminava na improcedência de vários pedidos indenizatórios. Sobre o tema, reflete José Ricardo Alvarez Vianna (2004, p. 81):

64

[...] apesar da evolução histórica da responsabilidade civil até então analisada, alicerçada na doutrina subjetiva da culpa, fato é que as mais variadas situações fáticas ocorrentes desde o século XIX, já com a Revolução Industrial, e mais tarde no século XX, com a Revolução Tecnológica, passaram a reclamar adaptações. Com uma sociedade de massas, envolta em relações jurídicas impessoais, marcada pela presença de maquinários modernos, contendo produção e fornecimento de serviços das mais variadas formas, crescimento demográfico, êxodo rural e urbanização, além do conseqüente fluxo de veículos automotores, aviões etc., a probabilidade de danos passou a ser realidade iminente e constante. Ao mesmo tempo, a prova da culpa torna-se cada vez mais penosa, senão impossível para o lesado. Reclamou-se, pois, uma mudança de modelo, ante a insuficiência do sistema subjetivista em fornecer respostas adequadas e justas para o panorama então instalado. É nesse cenário que vem a eclodir a denominada responsabilidade objetiva.

Nesse mesmo passo, a observação há muito feita por Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 262):

[...] a insatisfação com a teoria subjetiva tornou-se cada vez maior, e evidenciou-se sua incompatibilidade com o impulso desenvolvimentista de nosso tempo. A multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação. Esta, com efeito, dentro da doutrina da culpa, resulta da vulneração de norma preexistente, e comprovação de nexos causal entre o dano e a antijuridicidade da conduta do agente. Verificou-se, como



já ficou esclarecido, que nem sempre o lesado consegue provar estes elementos. Especialmente a desigualdade econômica, a capacidade organizacional da empresa, as cautelas do juiz na aferição dos meios de prova trazidos ao processo, nem sempre logram convencer da existência da culpa, e em consequência a vítima remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada.

Dito de outro modo, destaca Délton Winter de Carvalho (2007, p. 64) que “a produção industrial massificada, assim como o surgimento de novas tecnologias proporcionaram novas situações de danos que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa”, exigindo novas formas de reparação, sob pena de as pessoas – então expostas aos riscos e perigos oriundos das inovações tecnológicas e dos processos produtivos característicos da revolução industrial – não serem indenizadas, justamente por conta de dificuldade de se demonstrar a culpa do causador do dano.

No entanto, a adoção da teoria objetiva na responsabilidade civil não foi imediata, mas sim fruto de constante trabalho doutrinário e jurisprudencial. Em verdade, como bem observa o mesmo Délton Winter de Carvalho (2007, p. 65), “trata-se de entendimento unânime na doutrina o fato de que a principal razão para o surgimento da responsabilidade civil objetiva foi a Revolução Industrial”.

De qualquer sorte, há hoje várias disposições legais instituindo a teoria objetiva no tocante ao dever de indenizar, destacando-se, dentre outros tantos, os arts. 187, 927, 928, 931, 932, 933, 936, 937 e 939 do Código Civil. E, mais especificamente em sede de direito ambiental, tem-se o § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81, que institui, para o meio ambiente, a responsabilidade civil objetiva, isto é, sem culpa.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

65

A responsabilidade civil ambiental é objetiva, ou seja, basta que se demonstre o nexo causal entre a conduta atribuída ao poluidor e a efetiva lesão ao meio ambiente, isto é, o dano concreto (REsp 327254 PR, 2ª Turma do STJ, relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 03.12.2002, DJ de 19.12.02, p. 355), não havendo, por conseguinte, que se perquirir a culpa do causador do dano (poluidor). Aliás, ensina Vladimir Passos de Freitas (2002, p. 176) que, no Brasil,

a primeira lei a dispor acerca da responsabilidade civil objetiva por danos ambientais foi a de n. 6.453, de 17.10.1977, que trata, no art. 4º, da responsabilidade civil por dano nuclear. O referido diploma foi sancionado na época em que se instalava a Usina Nuclear de Angra dos Reis, RJ. Depois o Brasil celebrou a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição de Óleo, de 1969, promulgada pelo Decreto 79.347, de 28.03.1977. O passo seguinte foi mais decisivo, através da Lei 6.938, de 31.08.1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente.

Com efeito, o § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81, mais conhecida como Lei da Política Nacional de Meio Ambiente, encontra-se redigido nos seguintes termos: “é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, efetuados por sua atividade”. Essa norma, cumpre destacar, foi reforçada pelo disposto no § 3º do art. 225 da Constituição Federal de 1988, assim redigido: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.



Nesse sentido, se a obrigação de indenizar ou reparar o dano causado ao meio ambiente independe da existência de culpa, mostra-se clara a adoção do legislador pátrio pela teoria objetiva do dever de indenizar, onde não há, repita-se, a necessidade de se demonstrar a culpa do poluidor. Em verdade, deve-se demonstrar a conduta comissiva ou omissiva do poluidor, o dano e o nexo causal, a lembrar que não haverá dever de reparar ou indenizar sem a presença de qualquer um desses elementos. Aliás, não se constata divergências doutrinárias sobre o assunto, bastando transcrever, para tanto, a lição de Édis Milaré (2004, p. 752):

o dano ambiental é regido pelo sistema da responsabilidade objetiva, fundado no risco inerente à atividade, que prescinde por completo da culpabilidade do agente; nesse campo, para tornar efetiva a responsabilização, exige-se apenas a ocorrência do dano e a prova do vínculo causal com o desenvolvimento ou mesmo a mera existência de uma determinada atividade humana.

Mas no que consistiria, basicamente, o dano ambiental ou ecológico? Antes de se apresentar uma idéia em torno do tema, destaca Michel Prieur (2001, p. 868) que “o conceito de dano ecológico foi primeiramente utilizado por M. Despax por insistir na particularidade dos danos indiretos resultantes de golpes ao meio ambiente”², até por conta de estarem intimamente associados todos os elementos que compõem o meio. Nesta seara, afirma Marga Barth Tessler (2000, p. 167), então, que “o dano ambiental, ecológico, é toda degradação que atinja o homem na saúde, na segurança, nas atividades sociais e econômicas; que atinja as formas de vida não-humanas, vida animal ou vegetal e o meio ambiente em si, do ponto de vista físico, estético, sanitário e cultural”.

66

O dano é, sem dúvida alguma, “o grande vilão da responsabilidade civil” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 70), pelo que totalmente oportuna a observação feita por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 35), no sentido de ser “indispensável a existência de dano ou prejuízo para a configuração da responsabilidade civil [...]. Sem a ocorrência deste elemento não haveria o que indenizar, e, conseqüentemente, responsabilidade”. Nesse breve estudo, não se poderia deixar de mencionar, também, o entendimento de José Rubens Morato Leite (2000, p. 98), afirmando que o dano ambiental

constitui expressão ambivalente, que designa, certas vezes, alterações nocivas ao meio ambiente e outras, ainda, os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses. Dano ambiental significa, em uma primeira acepção, uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente, como, por exemplo, a poluição atmosférica; seria, assim, a lesão ao direito fundamental que todos têm de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado. Contudo, em sua segunda conceituação, dano ambiental engloba os efeitos que essa modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses. Alerta-se que, nesta pesquisa, será chamado dano ambiental, em primeiro momento, todo dano causador de lesão ao meio ambiente, para depois poder classificá-lo.

² No original: “Le concept de dommage écologique a été utilisé pour la première fois par M. Despax pour insister sur la particularité des préjudices indirects résultant des atteintes à l’environnement”.



Paulo Affonso Leme Machado (2005, p. 339), de sua parte, observa que “os danos causados ao meio ambiente encontram grande dificuldade de serem reparados. É a saúde do homem e a sobrevivência das espécies da fauna e da flora que indicam a necessidade de prevenir e evitar o dano”. Daí o porquê os danos ambientais apresentarem-se como “manifestação imediata dos Princípios do Poluidor-Pagador (“quem contamina, paga”) e da Prevenção” (CARVALHO, 2007, p. 69).

Constata-se, portanto, que o dano ambiental não engloba somente o meio ambiente propriamente dito. Ao contrário, refere-se ao meio ambiente cultural, artificial, do trabalho e, por igual, à saúde e bem-estar das pessoas, fatores que, por si só, justificam a importância desse estudo, pois atinge diretamente a todas as pessoas.

Por fim, o pensamento de Álvaro Luiz Valery Mirra (2005, p. 331), para quem os efeitos da responsabilidade civil estão ligados à opção feita por determinado ordenamento jurídico em relação à matéria que se pretende tutelar, veja-se:

[...] como tem sido ressaltado pela doutrina estrangeira mais atualizada, hoje em dia se reconhece que a responsabilidade civil, em termos gerais, pode ter diversos efeitos principais, não se limitando mais apenas à simples reparação do dano. Na realidade, tudo depende dos objetivos que em um determinado sistema jurídico são atribuídos à responsabilidade civil. Nesse sentido, se em certa matéria a responsabilidade civil for utilizada como meio de obter a cessação ou a diminuição de um dano, seu efeito vai ser a reparação do dano. Se, diversamente, a responsabilidade civil for utilizada como meio de fazer cessar a atividade ou omissão que se encontra na origem do dano, seu efeito vai ser a supressão de uma situação ou fato danoso. E, finalmente, se a responsabilidade civil for utilizada como meio de sancionar uma conduta, seu efeito vai ser o de uma pena civil. Tudo depende, portanto, da opção que se fizer, em um determinado ordenamento jurídico, a respeito dos efeitos da responsabilidade civil no tocante a determinada matéria.

67

Nessa medida, o instituto da responsabilidade civil ambiental vem ganhando crescente importância com o passar dos anos, pois esse regime especial está baseado não apenas na consagração da responsabilidade objetiva do poluidor, vale dizer, na responsabilidade decorrente do risco (teoria do risco) ou do fato da atividade degradadora, independentemente da culpa do agente, mas também no despertar da sociedade para questões dessa natureza, que, finalmente, entendeu que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, o que requer constante proteção e atenção.

Há que se ressaltar, também, o rigor com que a legislação brasileira trata os sujeitos responsáveis por meio da noção de “poluidor” adotada pela Lei nº 6.938/1981, a aplicação do princípio da reparação integral ao dano ambiental e a ampliação dos efeitos da responsabilidade civil em sede de direito ambiental, cuja abrangência, como já mencionado, abrange a reparação do dano propriamente dito e a supressão do fato danoso à qualidade ambiental, por meio do que se obtém a cessação definitiva da atividade causadora de degradação ambiental (MIRRA, 2005, 329-330).

E é justamente em razão de sua importância que um dano pode ensejar ao seu infrator responsabilidade na área cível, administrativa e penal, cada qual com suas características e peculiaridades, fato este que não constitui, como sói esclarecer, um “bis in idem”, mas sim consectário da ampla reparabilidade, até porque não há vida saudável em um ambiente desequilibrado.



Portanto adota-se no direito ambiental a responsabilidade civil objetiva, havendo necessidade de se comprovar, tão somente, o fato lesivo, o nexo causal e o dano (REsp 229302 PR, 1ª Turma do STJ, relator Min. Garcia Vieira, julgado em 18.11.1999, publicado no DJ de 07.02.2000, p. 133), entendido este como a lesão a um bem jurídico. O bem jurídico, de sua parte, representa “tudo o que na opinião do legislador é relevante para a ordem jurídica” (PRADO, 2003, p. 33). É o caso, por exemplo, da vida, da liberdade e do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL FUTURO

Poucos são os doutrinários brasileiros que aceitam a idéia de haver responsabilidade civil por dano ambiental futuro. Dentre eles, destacam-se Délton Winter de Carvalho e Paulo de Bessa Antunes. Para sustentar sua posição, Paulo de Bessa Antunes (2002, p. 169), por exemplo, faz a seguinte ponderação:

Os Tribunais brasileiros têm tido uma compreensão extremamente restritiva do conceito de dano ambiental e, por conseqüência, do bem jurídico meio ambiente. Em geral, eles têm adotado uma postura que exige o dano real e não apenas o dano potencial. Parece-me que não tem sido aplicado e observado o princípio da cautela em matéria ambiental que, como se sabe, é um dos princípios de Direito Ambiental. Ao exigirem que o autor faça prova do dano real, os Tribunais, de fato, impõem todo o ônus da prova judicial para os autores, enfraquecendo a responsabilidade objetiva do poluidor. Ademais, é importante que se observe que o Direito Ambiental exerce a sua função protetora, também em relação às futuras gerações, resultado do conceito de equidade intergeracional que é um de seus principais aspectos. Ora, o dano futuro, muitas vezes, não pode ser provado de plano, vindo a materializar-se, somente, com o decorrer do tempo.

68

Todavia o que tem prevalecido em sede doutrinária, ao menos por enquanto, é que o dano deve ser certo e atual, não havendo (muito) espaço para tese de que o dano futuro ou hipotético é suscetível de indenização. Para Délton Winter de Carvalho (2007, p. 72), no entanto, essa posição revela-se

demasiadamente restritiva quando aplicada em matéria jurídico-ambiental, em virtude da transtemporalidade e da imprevisibilidade que marca a problemática ambiental, especialmente, se observada a partir da Sociedade de Risco. A irreversibilidade de danos ambientais enseja a institucionalização da Prevenção e da Precaução como pilares lógico-ambientais, bem como a evolução tecno-científica e sua disseminação massiva na vida cotidiana potencializam a produção de riscos invisíveis ou abstratos (imperceptíveis aos sentidos humanos) na sociedade atual; justificando a necessidade de assimilação dos riscos ambientais pelo Direito por meio do instituto da responsabilidade civil.

[...]

A justificação normativa ao tratamento dano ambiental futuro no Direito brasileiro se consubstancia no texto do art. 225 da CF/88, cujos termos prevêm tanto as presentes quanto às futuras gerações como titulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por isso, a proteção das futuras gerações pelo Direito Ambiental pode ser potencializada ou mesmo objeto de efetivação por meio da noção de dano ambiental futuro,



como instrumento jurídico de investigação, avaliação e gestão dos riscos ambientais.

Nesta senda, o dano ambiental futuro consiste em operacionalização pragmático-sistêmica do Princípio da Equidade Intergeracional e dos Princípios da Precaução e Prevenção, avaliando-se não apenas as dimensões temporais do passado ou presente, mas inserindo nos processos de decisão jurídica as condições semânticas para a observação e formação de vínculos com o horizonte futuro.

Para Délton Winter de Carvalho (2007, p. 73), portanto, “A caracterização do dano ambiental futuro faz-se possível a partir de uma Nova Teoria do Risco (Teoria do Risco Abstrato) em diferenciação ao seu sentido dogmático clássico (Teoria do Risco Concreto)”. Com isso, procura-se potencializar uma comunicação acerca dos danos ambientais no Direito. Em síntese, anota o mesmo Délton Winter de Carvalho (2007, p. 74) que

o dano ambiental futuro é a expectativa de dano de caráter individual ou transindividual ao meio ambiente. Por se tratar de risco, não há, necessariamente, dano atual nem necessariamente a certeza científica absoluta de sua ocorrência futura, mas tão-somente a probabilidade de dano às futuras gerações. Nestes casos, a constatação de alta probabilidade ou probabilidade determinante de comprometimento futuro da função ecológica ou da capacidade de uso humano dos bens ecológicos, ensejaria a condenação do agente às medidas preventivas necessárias (obrigação de fazer ou não fazer) a fim de evitar danos ou minimizar as conseqüências futuras daqueles já concretizados.

Entretanto o entendimento supra, ao menos por enquanto, não tem prevalecido nos tribunais brasileiros, até porque “não se pode presumir que o titular da licença venha, ato futuro, descumprir as obrigações constantes desta. A legalidade se constata pela adequação da conduta ou pretensão ao direito vigente, e não por deduções de situações que hipoteticamente poderão ocorrer. Inexistência de dano hipotético, mesmo ao meio ambiente” (Apelação Cível nº 0072455-92.1999.8.19.0001 (2007.001.40598), 3ª Câmara Cível do TJRJ, relator Des. Ricardo Couto, julgado em 11.12.2007).

Partindo-se, porém, do pressuposto que o direito está em constante mutação e que o direito ambiental é intergeracional, vale dizer, deve ser defendido e protegido para as presentes e futuras gerações, não será de se estranhar se, em um futuro não muito distante, a tese de dano ambiental futuro passe a ser acolhida pelos tribunais brasileiros.

5 CONCLUSÃO

O meio ambiente ganha, dia após dia, local de grande destaque nos bancos escolares e na imprensa mundial. Aliada a essa crescente e constante constatação, a responsabilidade civil se faz presente todas as vezes em que um dano é causado ao meio ambiente. Nesse sentido, aplica-se a velha máxima “é melhor prevenir do que remediar”, pois os danos ambientais, como se sabe, são muito dificilmente reparáveis. De qualquer sorte, por ser um direito intergeracional (presentes e futuras gerações), deve o meio ambiente ser protegido em sua totalidade, sob pena de as futuras gerações pagarem o preço – talvez alto demais – por toda a degradação ambiental cometida pelas atuais gerações. Por essa razão, a responsabilidade civil ambiental deve ser integral, aplicando-se ao tema a teoria objetiva do dever de indenizar (fato –nexo causal – dano), conforme expressamente previsto pela Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambien-



te). E, partindo-se da premissa de que o direito está em constante mutação, apontam alguns doutrinadores, com base na Teoria do Risco Abstrato, a possibilidade de se falar em dano ambiental futuro. Entretanto a concretude dessa teoria somente será aferida com o passar dos tempos. É esperar para ver.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações: responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- CARVALHO, Délton Winter de. Dano Ambiental Futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. *In: Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2007, v. 45.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- 70 FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade Civil Ambiental e Cessação da Atividade Lesiva ao Meio Ambiente. *In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. Dano Moral e Patrimonial: fixação do valor indenizatório. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2005, v. 21.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.



PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRIEUR, Michel. **Droit de L'environnement**. 4 ed. Dalloz: Paris, 2001.

TESSLER, Marga Barth. O Valor do Dano Moral. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Direito Ambiental em Evolução nº 2**. Curitiba: Juruá, 2000.

STOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004.

VINEY, Geneviève. **Introduction à la Responsabilité**. 3 ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006.



REMIÇÃO DE PENA

*Douglas Bonaldi Maranhão**

RESUMO

Tem o presente trabalho a finalidade de apresentar aspectos críticos acerca do instituto da remição da pena existente no ordenamento jurídico brasileiro. A remição de pena, como forma de diminuição do tempo de pena a ser cumprido pelo preso, hodiernamente apresenta grandes debates na doutrina e na jurisprudência, quanto a sua forma de aplicação, motivo este pelo qual se mostra necessária a sua compreensão de maneira verticalizada. Dentre os pontos que compõem o atual debate e que na presente pesquisa serão abordados, podem ser citados: a concessão da remição através do estudo e a chamada remição ficta; o cômputo do tempo remido e a sua utilização para o cumprimento do requisito objetivo (lapso temporal), exigido na concessão de benefícios; e, por fim, como o referido instituto deve ser encarado no atual sistema penitenciário brasileiro. Somente com o aprofundamento da compreensão desses aspectos polêmicos é que se poderá avançar no alcance do verdadeiro escopo deste instituto e qual a melhor maneira para a sua aplicação.

Palavras-chave: Remição de Pena. Sistema Penitenciário. Trabalho Prisional.

ABSTRACT

72

This work has the purpose of presenting critical issues about the Institute of remission of sentence exists in brazilian law. Redemption penalty as a form of reduction in length of sentence to be served by the prisoner, presents today's major debates in doctrine and jurisprudence, as your application form, for which reason this is needed is your understanding of how vertical. Among the points that make up the current debate, which will be addressed in this study can be cited: the provision of redemption through the study and called fictitious redemption, the calculation of redeemed time and its use for the requirement objective (time lapse) required in granting benefits, and finally, as such office should be seen in the current brazilian penitentiary system. Only with a deeper understanding of these controversial aspects is that it can move forward in reaching the true scope of the institute and how best to implement it.

Keywords: Redemption Penalty. Prison System. Prison Labor.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. 2 REMIÇÃO DE PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 3 ESPÉCIES. 3.1 Remição pelo Trabalho. 3.2 Remição pelo Estudo. 3.3 Remição Ficta. 4 CONCESSÃO DA REMIÇÃO. 4.1 Cômputo do Tempo Remido. 4.2 Benefícios. 5 FINALIDADE DA REMIÇÃO DA PENA FRENTE AO ATUAL SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

* Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela UEL. Especialista em Direito e Processo Penal pela UEL. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos, área de concentração Direito Penal pela UEM. Professor de Direito Penal e Criminologia da UNIFIL e de Direito Penal da PUC/PR. Advogado.



1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O presente artigo visa abordar de maneira crítica alguns aspectos polêmicos existentes acerca do instituto da remição de pena, aplicado junto à execução da pena privativa de liberdade, seja ela definitiva ou provisória.¹ Neste viés é que se deve alertar para a delimitação de tais pontos, uma vez que não há o desiderato de esgotar a matéria, mas sim de suscitar o debate existente para uma melhor compreensão e aplicação do presente instituto.

Diversos são os pontos polêmicos existentes acerca da concessão da remição de pena para o condenado ao longo da execução da sua pena, como, por exemplo: as remições reconhecidas através do estudo e a chamada remição ficta; o cômputo dos dias remidos na execução da pena, alertando para a possibilidade da utilização do referido tempo ao cumprimento do requisito objetivo (lapso temporal), para a concessão de benefícios ao longo da execução; e, por fim, buscar-se alcançar a finalidade que permeia a aplicação deste instituto, tendo como referência o atual sistema penitenciário brasileiro.

Assim, pretende-se apresentar os referidos pontos para fomentar o debate na busca de um aprimoramento do instituto da remição da pena quando da sua aplicação na prática, tendo como diretiva o seu escopo consentâneo à própria finalidade da aplicação da pena.

2 REMIÇÃO DE PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O instituto da remição está disposto no ordenamento jurídico brasileiro na Lei de Execuções Penais nº 7.210/1984, nos artigos 126 a 130. Trata-se de benefício concedido ao preso condenado ou provisório, que esteja cumprindo a sua reprimenda em regime fechado ou semiaberto, consistente no abatimento do lapso temporal de sua pena, pela atividade laborativa, desenvolvida na proporção de a cada três dias trabalhados um dia deverá ser remido (HAMMERSCHIMIDT; MARANHÃO; COIMBRA, 2009, p. 93). Ressalva-se, no entanto, que o termo trabalho, utilizado como base para a sua concessão, poderá ter, através de uma interpretação extensiva, maior amplitude, como é o caso da remição pelo estudo, que será à frente abordada.

Dispõe o artigo 126 da Lei de Execuções Penais que “o condenado que cumpra a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena”. Assim o referido instituto não poderá alcançar aqueles condenados que estejam cumprindo a sua pena em regime aberto, e também aqueles que estejam cumprindo pena restritiva de direitos.

A remição de pena é declarada pelo juiz da execução, após manifestação do Ministério Público (art. 126, § 3º, LEP). O referido procedimento judicial para a declaração dos dias remidos na prática é realizado através de um pedido apresentado pelo procurador do preso, sendo tal pedido instruído com o atestado de trabalho que deverá ser emitido pela autoridade administrativa, bem como com o atestado de permanência e conduta carcerária que descreverá a conduta do preso durante o período em que desenvolveu a sua atividade laborativa. Ou seja, após

¹ Faz-se referência à possibilidade de o preso provisório, ou seja, aquele que não tenha contra si sentença condenatória transitada em julgado, executar a sua pena na hipótese de pendência de recurso apenas da defesa, podendo, assim, dar início à sua execução após a expedição da carta de guia provisória, bem como usufruir dos direitos que o assistem ao longo do processo executório.



ser constatado o cumprimento dos requisitos objetivos – efetivo desenvolvimento da atividade laborativa – e subjetivos – bom comportamento durante o cumprimento da pena, poderá ser concedida a remição de pena ao preso.

3 ESPÉCIES

Pode-se dizer que atualmente existem três espécies de remição de pena, tendo por base o fundamento para a sua concessão. A primeira delas é aquela descrita no texto legal, chamada de remição pelo trabalho; a segunda, fundada em posicionamentos jurisprudenciais através de uma aplicação da analogia *in bonam partem*, que é a remição pelo estudo; e, por fim, tomando por base a atual situação do sistema penitenciário brasileiro, bem como o direito que o preso tem ao trabalho, tem-se a remição ficta. Para uma melhor compreensão, este estudo faz uma análise individualizada de cada instituto.

3.1 Remição pelo Trabalho

A Remição de pena, tendo por base uma atividade laborativa desenvolvida ao longo do período em que esteja cumprindo a sua reprimenda (seja preso condenado ou provisório), é o que se depreende expressamente no disposto do artigo 126 da Lei de Execuções Penais. Poderá o preso se beneficiar deste instituto caso tenha desenvolvido o trabalho no cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto, de acordo com os regramentos dispostos na Lei de Execuções Penais, ficando vedado reconhecimento da remição pelo trabalho desenvolvido em regime aberto.

74

Este trabalho, que pode ser realizado tanto dentro dos estabelecimentos prisionais (art. 31-35, LEP), quanto no seu ambiente externo (art. 36-37, LEP), busca a reeducação do preso, bem como a sua preparação para enfrentar o mercado de trabalho quando retornar à liberdade (MARCÃO, 2007, p. 168). Nas palavras de Adeildo Nunes (2009, p. 40) “[...] essa atividade, além de ser remunerada, tem finalidade educativa e produtiva, evitando a ociosidade prisional”. Segundo Heleno Fragoso (1980, p. 104) “A moderna política penitenciária confere ao trabalho grande parte da função ressocializadora que se atribui à pena privativa de liberdade”.

De acordo com o que dispõe o artigo 126, § 1º da Lei de Execuções Penais, a contagem do tempo para que possa ser reconhecida a remição de pena é feita na proporção de a cada 3 (três) dias trabalhados 1 (um) dia será remido. Há que se ressaltar que os dias trabalhados deverão ser acompanhados pela autoridade administrativa que deverá encaminhar mensalmente ao juízo de execução a relação de todos os presos que estejam trabalhando (art. 129, *caput*, LEP).

Ressalva deve ser feita aos trabalhos desenvolvidos dentro das unidades penais, que se mostra muito aquém do que se entende por necessário. Sabe-se, atualmente, a precariedade pela qual passa o sistema penitenciário brasileiro, no entanto, a oportunização do trabalho, para que o preso possa exercê-lo como um direito que lhe assiste, representa um dos pilares que sustentam a perspectiva ressocializadora da pena.

Assim, em que pese ser notória a insuficiência de vagas de trabalho dentro dos presídios, pelos mais diversos motivos (arquitetura penitenciária que não comporta locais de trabalho, falta de interesse de empresas privadas em implantar canteiros de trabalho, etc.), essa é uma diretiva que nunca pode ser esquecida, para que sempre se busque a melhora das condições e o



aumento das oportunidades a fim de que o preso desenvolva a atividade laborativa, bem como o desiderato da própria sanção penal.

3.2 Remição pelo Estudo

Outra hipótese de remição da pena é quando o preso desenvolve uma atividade educacional. Esta forma de se conceder a remição ao preso está amparada em grandes debates doutrinários e jurisprudenciais, sendo que posteriormente fora pacificada através da edição da Súmula nº 341 pelo Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: “a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo da execução da pena sob regime fechado ou semiaberto”.

Ou seja, atualmente admite-se o reconhecimento dos dias remidos àquele preso que tenha frequentado curso de ensino formal durante o período em que esteve sob o regime fechado ou semiaberto. Este posicionamento vai ao encontro do próprio intento fundamentador do instituto da remição da pena.

Atualmente, tem-se que deverá ser computado como tempo remido 1 (um) dia para cada 18 horas estudadas, sendo que as formalidades de fiscalização de frequência adstritas ao preso que estude deverão ser respeitadas nos moldes da fiscalização do preso que trabalhe.

Não obstante a correta aplicação deste instituto através da analogia *in bonam partem*, há que se observar, também, que o ensino dentro das unidades penais cumpre papel importantíssimo, uma vez que seus benefícios podem ser vislumbrados, seja no período em que permanece segregado, seja quando do seu retorno à sociedade, cumprindo assim com mais um pilar que sustenta o processo reintegrador do recluso, através da educação.

75

3.3 Remição Ficta

Além das hipóteses acima citadas para o reconhecimento dos dias remidos através do trabalho ou do estudo, atualmente, há que se reconhecer a chamada remição ficta. Nessa hipótese não existe o desenvolvimento de nenhuma atividade laborativa ou educacional por parte do preso, no entanto, este se mostra apto para o seu desenvolvimento e não o faz por falta de condições do estabelecimento prisional (ausência de vagas). “Na realidade, o Estado tem obrigação de disponibilizá-lo ao preso, competindo a este decidir se aceita ou não” (NUNES, 2009, p. 40).

Desta forma, entende-se que o preso não poderia suportar o ônus da inércia estatal, quando este não oportuniza as condições necessárias para que o preso exerça aquilo que o próprio Estado lhe outorga como direito, como no caso do trabalho. Ou seja, tratando-se de um direito do preso, impõe-se um dever ao Estado no sentido de criar condições para exercício do referido direito. Não esquecendo que todos os deveres impostos aos presos, ao longo do encarceramento, figuram como um direito do Estado em fiscalizar o seu fiel cumprimento, bem como a possível aplicação das consequências legais, caso tais deveres sejam descumpridos.

Assim, poderá ser concedida a remição de pena àqueles presos que tenham totais condições para o desenvolvimento de trabalho, bem como possam frequentar curso formais, mas não o fazem por ausência de vagas. Como a responsabilidade de criar as condições determinadas por lei é do Estado, não poderia o preso ser prejudicado pela referida inércia. “Aliás, eles



merecem, também, a remuneração devida, pois não podem ser penalizados por não trabalharem porque o Estado não implementa condições para o fiel cumprimento da LEP” (MESQUITA JR., 2007, p. 79).

Neste sentido, Célio César Paduani (2002, p. 18), citando Júlio Fabrini Mirabete, Odir da Silva e José Boschi, afirma que:

[...] não podendo o Estado cumprir o seu dever de fornecer trabalho ao sentenciado, este não se pode ver prejudicado em seu direito subjetivo à benesse da remição, pois sendo obrigatório o trabalho interno, remunerado, como já dito, o preso não pode sofrer prejuízos em seu direito.

Além do fundamento acima citado (inércia do Estado em oportunizar as condições para o desenvolvimento da atividade laborativa ou educacional), tem-se a análise feita do artigo 126, § 2º da Lei de Execuções Penais que assim dispõe: “O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuará a beneficiar-se com a remição”. A interpretação assim pode ser feita: já que o preso que por acidente de trabalho, diga-se, por uma questão alheia a sua vontade, pode se beneficiar do instituto da remição mesmo sem desenvolver o trabalho, por não existirem vagas, falta de estrutura, etc. (incumbência do Estado), também poderá se beneficiar do instituto.

4 CONCESSÃO DA REMIÇÃO

76

Tendo em vista que a remição de pena é um direito público subjetivo do condenado, no caso de preenchimento de todos os requisitos exigidos para a sua concessão (art. 126, LEP), não há que se falar em faculdade no momento de declarar os dias remidos por parte do órgão julgador (item 134 da Exposição de motivos da LEP).

Assim, de acordo com o disposto no artigo 126, § 3º da Lei de Execuções Penais, o Juízo de Execuções Penais é o competente para declarar a remição da pena. Deverá o juiz, munido da documentação necessária para análise do pedido de remição de pena (atestado de trabalho), documento este emitido pela autoridade administrativa da unidade penal, declarar os dias remidos da pena do condenado, após a manifestação do Ministério Público.

Após, incorporada a remição no patrimônio jurídico do condenado, poderá ele usufruir desse período ao longo da execução da sua pena. No entanto, algumas dúvidas podem surgir, no que diz respeito à realização do abatimento dos dias remidos e a sua utilização para o requerimento de benefícios, que, a seguir, serão enfrentadas.

4.1 Cômputo do Tempo Remido

Dúvida que persiste atualmente e que se mostra extremamente importante ao longo do período do cumprimento da pena é a forma utilizada para o abatimento dos dias remidos. Os cálculos, atualmente existentes para que se incorpore juridicamente o número de dias remidos, giram em torno de dois sistemas e que acabam por ter, na prática, gritantes consequências no período de tempo em que o condenado deverá cumprir, seja no regime fechado ou no semiaberto.

O primeiro deles determina que os dias remidos, através da sentença prolatada pelo Juízo competente, deverão ser somados ao tempo de cumprimento de pena. Tem-se que ao número de dias cumpridos até então são somados os dias remidos para que figurem como tempo



efetivamente de pena cumprido, incorporando-se assim no lapso temporal que será utilizado para o requerimento de benefícios futuros como progressão de regime e livramento condicional.

Já o segundo sistema adotado determina que os dias remidos devam ser descontados do tempo total da pena aplicada, ou seja, o tempo fixado na sentença penal condenatória restará diminuído pelo abatimento do número de dias concedidos a título de remição. Assim não pode figurar como lapso temporal exigido para o requerimento de qualquer tipo de benefício, uma vez que é diminuído da pena total, fazendo tão somente criar um novo *quantum* que servirá de base para o cálculo do lapso temporal exigido para a concessão de benefícios.

Em um cálculo simples, pode-se perceber a diferença que, na prática, pode acarretar a escolha de um ou outro sistema. Imagine-se que um condenado a uma pena de reclusão de 12 anos, pelo cometimento de delito comum, já cumpriu 01 ano e 06 meses de sua reprimenda corporal e que, ao longo desse tempo, efetivamente desenvolveu atividade laborativa que oportunizou a concessão de 06 meses de remição. Caso o sentenciado queira requerer um pedido de progressão de regime, deverá cumprir 1/6 da sua pena total, ou seja, 02 anos.

Para o primeiro sistema adotado, que incorpora o tempo remido aos dias já cumpridos da pena, após a concessão dos dias remidos, esses 06 meses seriam somados ao 01 ano e 06 meses até então cumpridos, cumprindo assim com o lapso temporal exigido de 02 anos para a progressão de regime.

Já para o segundo sistema citado, os dias remidos teriam que ser abatidos do tempo total da condenação para depois ser calculado o tempo de 1/6 exigido para a concessão do benefício de progressão de regime. Assim, após a diminuição dos 06 meses remidos dos 12 anos de condenação, restaria uma pena de 11 anos e 06 meses. Para o cumprimento do requisito objetivo, é exigido o cumprimento de 1/6 da pena que corresponderia a 01 ano e 11 meses. Dessa maneira, faltariam ao condenado cinco meses para o cumprimento do exigido para progredir de regime.

Não obstante a disparidade na *praxis* quando da aplicação do presente instituto e a dúvida existente atualmente quanto o sistema adotado para o desconto deste tempo, tem-se que o primeiro sistema é o que demonstra maior coerência, tanto do ponto de vista prático, que deve ser analisado junto ao desiderato do instituto, quanto do ponto de vista legal, uma vez que não pode ser outra a interpretação da LEP.

A remição de pena figura como um incentivo ao condenado que, com o desenvolvimento da atividade laborativa ou educacional, acaba por incorporar valores ético-sociais que fazem parte do sistema ressocializador da pena. Assim ao se agregar o número de dias remidos ao tempo de pena já cumprido, estar-se-á por incutir no condenado, além de todos os valores provenientes da atividade desenvolvida, também a ideia de se manter bom comportamento ao longo do cumprimento de sua pena, para que assim possa continuar desenvolvendo a referida atividade.

A diretiva, existente no artigo 128 da LEP, determina que “O tempo remido será computado para a concessão de livramento condicional e indulto”. Quando se aventa a utilização do tempo remido pelo dispositivo legal, não poderia ser agregado de outra forma, que não como tempo de pena cumprida. Sendo que, em que pese o silêncio da Lei, o referido tempo também poderá ser utilizado para os pedidos de progressão de regime, saídas temporárias, trabalho externo, etc.

Corroborando o presente entendimento ensina Renato Marcão (2007, p. 171) que “Pena remida é pena cumprida; sendo assim, o tempo de pena a ser descontado em razão da remição deve somar-se à pena cumprida (pena cumprida + dias remidos)”. Esse é o entendimento



que se mostra consentâneo com a perspectiva ressocializadora da pena, bem como com a diretiva legal.

4.2 Benefícios

O tempo remido de sua pena, como acima asseverado, corresponde a tempo de pena cumprida. Há que se reconhecer que esse período de tempo, além de ser agregado ao tempo de pena cumprida, poderá também ser utilizado para a concessão de benefícios ao longo da execução da pena.

Independentemente de o artigo 128 da Lei de Execuções Penais descrever expressamente que o referido tempo será utilizado tão somente para a concessão de livramento condicional e indulto, deve-se reconhecer, através de uma interpretação analógica, que outros benefícios também poderão utilizar este período com o fim de ver cumprido o requisito objetivo (temporal) para a sua concessão (HAMMERSCHIMIDT; MARANHÃO; COIMBRA, 2009, p. 96) como, por exemplo, as progressões de regimes e as saídas temporárias.

Nesse sentido, na esteira do que acima foi exposto, tem-se que

A remição é um instituto em que, pelo trabalho, dá-se como cumprida parte da pena. Pelo desempenho da atividade laborativa o preso resgata uma parte da sanção, diminuindo o tempo de sua duração. Não há, tecnicamente, um abatimento do total da pena; o tempo remido é contado com de execução da pena privativa de liberdade” (MIRABETE, 2007, p. 517).

78

Assim, deve-se reconhecer que o tempo remido está computado no tempo de pena cumprido, podendo ser utilizado para o fim de concessão de benefícios ao longo da execução, em que se exige o cumprimento de determinado lapso temporal.

5 FINALIDADE DA REMIÇÃO DA PENA FRENTE AO ATUAL SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Atualmente, por todos é sabida, a situação que enfrenta o sistema penitenciário brasileiro. Referências como desordenado, caótico, falido, etc. são comumente veiculados para a abordagem do tema. No entanto, há que se buscar compreender cada ponto que compõe este sistema para melhor ajustá-lo ao desiderato contemporâneo, sob pena de, não assim agindo, estar-se por caminhar em círculos, não compreendendo o problema, tampouco corroborando com a sua solução.

Nesta senda, deve-se alcançar, após o deslinde dos temas debatidos acerca da remição da pena, qual a sua função no atual sistema punitivo brasileiro, para que possa ser sopeçada a realidade enfrentada e o fim a ser atingido pelo citado instituto.

Como já aventado, a remição de pena pressupõe a realização de atividade laborativa (aqui se descreve apenas a remição pelo trabalho uma vez que está disposta no texto legal). Essa atividade laborativa encontra guarida na legislação pátria, figurando tanto como um dever, como um direito do condenado. Mas, aqui, não poderia o instituto da remição figurar tão somente como um caminho para o exercício de um direito ou cumprimento de um dever, a diretiva atual aloca a atividade laborativa como forma de (re)inserir os valores atinentes ao trabalho àquele que, por muitas vezes, sequer desenvolveu atividade semelhante.



O desenvolvimento do trabalho traz aspectos importantíssimos à convivência social como: cumprimento de horário, senso de hierarquia, companheirismo, relacionamento interpessoal, etc., fatores que sobremaneira favorecem o convívio em sociedade, preparando o condenado para um retorno harmônico.

O trabalho está veiculado na teoria dos fins da pena como um dos pilares que fundamentam a ressocialização do condenado. A ressocialização representa uma forma de prevenção especial que “consiste na atuação sobre a pessoa do delinqüente, para evitar que volte a delinqüir no futuro” (PRADO, 2008, p. 494). Ou seja, busca-se fazer com que o condenado incorpore valores ético-sociais (trabalho, estudo, família, religião, lazer, etc.) necessários à convivência social, para que, quando do seu retorno, possa estar apartado da seara delitiva.

Acerca dos benefícios da teoria da prevenção especial aduz Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior (2002, p. 133-134) que:

[...] Esta tem um caráter humanista, pois põe um acento no indivíduo, considerando suas particularidades, permitindo uma melhor individualização do remédio penal. Além disso, sua atuação específica permite o aperfeiçoamento do trabalho de reinserção social.

Neste sentido, vale citar Luiz Antônio Bogo Chies (2007, p. 534):

A expectativa de um chamado tratamento penal e penitenciário, de cujas intervenções se extrai a principal finalidade de ‘recuperar’ o apenado com vistas a sua reinserção social, modernamente prioriza o trabalho como seu principal elemento.

Quando se fala em reeducar, reinserir, ressocializar, tem-se a busca pela (re)incorporação de valores ético-sociais². Neste viés, o instituto da remição ultrapassa qualquer perspectiva utilitarista, que represente um cálculo de diminuição de pena pelo trabalho desenvolvido ou o recebimento de determinada remuneração pelo trabalho desenvolvido, mas representa, sim, um dos mecanismos que devem ser utilizados como forma de direcionar o condenado ao seu retorno à sociedade de maneira a não mais incorrer em práticas delitivas.

Aqui, em uma perspectiva mais verticalizada, sabe-se que “a criminologia tem revelado que a prisão, a pena em torno da qual gira o sistema punitivo, não só produz efeitos de dessocialização como também cria problemas e dificuldades ulteriores, quando se perspectiva o regresso do recluso à comunidade” (RODRIGUES, 2001, p. 45). No entanto, trabalhar genericamente a problemática atual do sistema punitivo, principalmente quando a questão gira em torno do sistema penitenciário, não se mostra a saída mais apropriada, deve-se identificar a razão de ser de cada instituto que compõe a execução da pena, para que, de maneira coesa, a estrutura executória possa ser arquitetada e aprimorada.

Desta forma, há que se reconhecer que o instituto da remição de pena busca a absorção, por parte do condenado, de valores atinentes à atividade por ele desenvolvida ao longo do cumprimento da pena, valores próprios para finalidade ressocializadora da pena, e que, por consequência, acarretam a diminuição do seu tempo de cumprimento de pena através dos dias remidos.

² A descrição da ressocialização, como ponto de referência para o desenvolvimento da atividade laborativa aqui veiculada, está apresentada de maneira isolada, apenas por conta da especificidade do tema tratado, não estando desvinculada de outras perspectivas finais da aplicação da pena, perspectivas estas importantíssimas, mas que ultrapassam as linhas da presente pesquisa.



6 CONCLUSÃO

A remição de pena é um instituto de suma importância da execução da pena privativa de liberdade, pois tem o condão de orientar o preso a uma melhor e mais célere execução da pena, bem como inculcar valores ético-sociais, que irão corroborar à sua readaptação quando do retorno à sociedade, fazendo com que possa viver longe da seara delitativa.

Podem ser aventadas três hipóteses de concessão da remição de pena. A primeira dela é a remição concedida pelo trabalho desenvolvido, de acordo com o que dispõe o texto legal. A segunda é a chamada remição por estudo que leva em consideração o tempo em que o preso esteve ligado à atividade educacional formal. E, por fim, deve-se levar em consideração a remição ficta, que é aquela onde o preso não realiza atividade laborativa, tampouco educacional, mas está apto a desenvolvê-las, não o fazendo pela inexistência de vagas, ou seja, por uma inércia estatal, não podendo assim o preso suportar tal inércia.

Das diversas hipóteses, acima citadas, para a concessão da remição de pena, há que se firmar que os dias remidos devem ser computados com pena cumprida. Ou seja, os números de dias remidos devem ser somados ao tempo de pena cumprida até o momento do seu reconhecimento, podendo, assim, ser utilizados como cumprimento do requisito objetivo para o requerimento de benefícios ao longo da execução.

80

Faz-se necessário, além de tentar com o debate uma melhor compreensão deste instituto, compreender qual a sua finalidade dentro da execução da pena. Certo que o trabalho representa uma das bases da tão buscada ressocialização, assim a remição de pena não pode ser considerada tão somente uma forma de diminuir o tempo de cumprimento da pena, mas uma forma de fazer com que valores próprios da ressocialização sejam absorvidos pelo preso, cumprindo papel fundamental, ao longo da execução da pena e também quando do retorno do preso à sociedade.

Não se pode deixar de lado a problemática que permeia o sistema prisional brasileiro, problemática esta que, por muitas vezes, acaba sendo velada atrás dos seus próprios muros, sendo suportada (a falta de estrutura, a morosidade jurisdicional, a desordem, etc.), em um primeiro plano, pelos próprios reclusos, mas que acaba por afetar toda a sociedade em um movimento cíclico que a todos atinge, gerando a afetação de todo o corpo social, por um crescente aumento da criminalidade.

REFERÊNCIAS

CHIES, Luiz Antônio Bogo. Prisão – tempo, trabalho e remição: reflexões motivadas pela inconstitucionalidade do artigo 127 da LEP e outros tópicos revisitados.

CARVALHO, Salo (Coord.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. rev., ampl. atual. de acordo com a Lei 10.792/03. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. *Direitos dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.



HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Processo e execução penal. Execução Penal*, v. 3. PRADO, Luiz Regis (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução penal: comentários à Lei nº 7.210/1984*. 11. ed. rev. atual. 7ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

NUNES, Adeildo. *Da execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PADUANI, Célio César. *Da remição na lei de execução penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR., Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



HORAS EXTRAORDINÁRIAS DO MOTORISTA X ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIA Nº 332 (SDI-1) TST

*Agéssika Tyana Altomani**
*Profa. Renata Cristina de Oliveira Alencar Silva***

RESUMO

Há empregados que não possuem direito ao adicional na hipótese de exercício de atividade laboral suplementar, sendo excluídos da proteção que a lei confere, diante da impossibilidade de mensurar a jornada exercida longe do poder de direção do empregador, onde se inclui o motorista. Porém este será beneficiado com as garantias previstas na jornada normal, quando se configurar alguma forma de controle de sua jornada. Assim, o tacógrafo surge, como uma possibilidade de meio de prova, capaz de aduzir o controle de jornada do motorista, embora o entendimento da Orientação Jurisprudencial nº 332 (SDI-1) seja em sentido contrário. A prática e as questões técnicas levam à percepção de que o tacógrafo controla múltiplas funções, podendo ser utilizado como instrumento para o controle de jornada.

Palavras-chave: Horas Extraordinárias. Motorista. Orientação Jurisprudencial. Meio de Prova. Tacógrafo.

ABSTRACT

82

There are some employees who don't have rights to the additional in hypothesis of exercising the supplementary working activity, being off law protection, facing the impossibility of measuring the journey done away from the employer directional power, where the driver is included. But, this one will have the benefit with the guarantees which are provided in the normal journey when it's set up in any way to control itself. This way, the tacograph appears like a possibility of a way able to measure the driver's journey although the Legal guidance nº 332 (SDI-1) rises in opposite way. The practice and the technical questions conduct to the perception that the tacograph controls multiple functions, and can be used as a journey control instrument.

Keywords: Extra hours. Driver. Legal Guidance. Proving Way. Tacograph.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 HORAS EXTRAORDINÁRIAS DO MOTORISTA. 3 ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 332 (SDI-1)/TST. 4 DEBATE SOBRE A APLICAÇÃO DO TACÓGRAFO COMO MEIO DE PROVA DE CONTROLE DE JORNADA. 5 CONCLUSÃO. 6 REFERÊNCIAS.

* Bacharel em Direito pela UNIFIL. Advogada. E-mail: agessika@hotmail.com

** Trabalho em co-autoria com Renata Cristina de Oliveira Alencar Silva, mestre Direito Negocial pela UEL. Professora da UNIFIL e FACCAR. Advogada na área trabalhista. E-mail: renatacoasilva@hotmail.com.br



1 INTRODUÇÃO

Com as revoluções dos operários e as reivindicações pela busca de melhores condições de trabalho, foram sendo instituídas limitações das jornadas antes penosas e extensas, traçando o aspecto de jornada “normal” e controlada de trabalho, com o fim de conter os excessos do poder de direção do empregador, sendo extraordinário tudo aquilo que a excedia a dita jornada normal.

Do mesmo modo que se estabeleceu um controle sobre a jornada de trabalho de modo a delimitá-la, fixaram-se também as condições e hipóteses em que não seria necessário expor diretrizes sobre o tempo de trabalho, sendo denominadas jornadas não controladas, incluindo aqueles trabalhadores que exercem atividade fora do controle do empregador. O empregador poderia dispor da jornada do empregado segundo suas próprias necessidades, incluindo, como trabalhadores dessa modalidade de jornada, os motoristas.

Por inexistir controle sobre sua jornada, fica o trabalhador excluído de todas as benesses aplicadas à jornada normal de trabalho, quando esta é excedida ou excepcional, como no caso do adicional de horas extraordinárias para a jornada suplementar. Contudo, toda vez que houver a possibilidade de controle da jornada do trabalhador, será caracterizada como jornada normal, aplicando-se todos os dispositivos e garantias concernentes a ela.

Com o advento da modernidade, diferentes aparatos tecnológicos passaram a integrar a vida do trabalhador, sendo essenciais tanto para o desempenho de sua atividade laboral, como até mesmo por determinação legal. Transferindo para a realidade do motorista, diversos foram os instrumentos inseridos em sua atividade, passando alguns até a serem obrigatórios por determinação de lei, como é o caso o tacógrafo.

Atualmente, grande discussão vem se levantado nos tribunais de todo o país sobre a possibilidade de se auferir horas extraordinárias para o motorista e o meio de obter provas sobre o exercício da jornada suplementar. Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) esboçou o entendimento pela Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 332 Seção de Dissídios Individuais – I (SDI-I), sobre a impossibilidade do uso do tacógrafo para se auferir o controle de jornada do motorista.

Assim, os pólos dessa discussão estão compostos pelo condutor do veículo, motorista que alega se submeter a jornadas exaustivas para o transporte de mercadorias e afins, e de outro lado o empregador, que denota ser impossível obter qualquer registro sobre a jornada prestada pelo motorista, já que este exerce trabalho externo, incompatível com qualquer forma de controle.

Desse modo, o objetivo do presente trabalho fixa-se em analisar a disposição do artigo 62 da CLT no que se refere à jornada de trabalho do motorista, e vislumbrar a possibilidade de controle da jornada e as disposições e conflitos jurisprudências sobre o assunto. Analisa, entre outros aspectos, os meios de prova e a força da prova documental e do tacógrafo como meio de prova, bem como a aplicação da Orientação Jurisprudencial 332 - SDI-I/TST pelos magistrados e as razões de fato e direito que motivam demonstrar a possibilidade do tacógrafo ser ou não instrumento capaz de controlar a jornada de trabalho do motorista.



2 HORAS EXTRAORDINÁRIAS DO MOTORISTA

Quanto à jornada de trabalho, define Delgado (2009, p. 427) como sendo o “lapso temporal diário em que o trabalhador presta serviços ou se coloca a disposição total ou parcial do empregador”. Destaca ainda o autor que uma jornada de trabalho, efetivamente prestada, sugere um mínimo de controle e fiscalização sobre o tempo de trabalho ou de disponibilidade diante do empregador. Por sua vez, o trabalho, exercido sem um controle mínimo do tempo laborado pelo empregado, torna-se insuscetível de auferir a prestação de horas além da jornada normal.

Nesse sentido a CLT determina no art.62 as atividades laborais que são incompatíveis com controle de jornada, conseqüentemente, não se aplicando nenhum dos institutos previstos no capítulo da “duração do trabalho”. Ao elencar no inciso I, os trabalhadores que exercem “atividade externa” remeteu a inclusão do motorista neste rol.

Denota-se que, quanto ao termo “incompatibilidade” afixado no artigo 62, I, da CLT, trata-se de incompatibilidade física de se ter acesso ao trabalho exercido pelo empregado, por se encontrar em distâncias remotas (empregador e empregado) ou simplesmente pela natureza da atividade exercida pelo empregado, sendo ela de natureza dinâmica. Mas, principalmente, a incompatibilidade não se supre pela ausência de interesse do empregador em realizar o controle da jornada (SILVA, 2009, p. 92).

Preliminarmente, cumpre destacar o que se entende por jornada não controlada. Mauricio Godinho Delgado (2009, p. 813) expõe em sua obra de forma elementar as características dessa jornada, sustentando que a efetiva jornada de trabalho supõe um mínimo de controle e fiscalização do empregador:

84

o critério é estritamente prático: trabalho não fiscalizado nem minimamente controlado é insuscetível de propiciar a aferição real da jornada laborada pelo obreiro – por essa razão é insuscetível de propiciar a aferição de prestação (ou não) de horas extraordinárias pelo trabalhador.

Ou seja, a atividade externa, exercida pelo obreiro, impede ou torna incompatível a fixação de horário de trabalho. Nesse sentido, como bem observa Valentin Carrion (2007, p.120) “o que caracteriza este grupo de atividade é a circunstância de estarem todos fora da permanente fiscalização e controle do empregador; há impossibilidade de conhecer-se o tempo realmente dedicado com exclusividade a empresa”.

O Art.62, inc. I da CLT, em sua redação, não define de forma taxativa quais os empregados que estariam excluídos da proteção legal que o capítulo confere (ex: horas extras). Só dispõe que são os que “exercem atividades externas incompatíveis com a fixação de horário de trabalho”. Logo, é perfeitamente possível enquadrar nessa condição qualquer empregado, por ser um dispositivo genérico. Ressalta Sergio Pinto Martins (2009, p. 496) que “estão incluídos nesse conceito os carteiros, os motoristas em geral, como os de caminhões, de carretas, de ônibus etc., que têm atividade externa ou fazem viagens”, tendo em vista a natureza de sua atividade compatível com o direcionado na lei.

O dispositivo, supra citado, também impõe uma condição objetiva, o registro, na CTPS, da não-observância de horário de trabalho e também no livro ou ficha de registro de empregados.

Um aspecto sobre a própria interpretação do art.62 da CLT e seus incisos é que, embora ele não determine quais são os sujeitos passíveis de serem enquadrados em suas



diretrizes, esta deve se dar de forma restritiva, pois trata-se da própria hipótese de restrição de direitos. Assim, não há de servir de analogia ou qualquer outra técnica de interpretação extensiva para sua aplicação ao caso concreto, devem ser observados os requisitos indispensáveis que a lei impõe.

O destaque a ser dado, no que refere à aplicação restrita desse artigo, é que ele comporta exceções. Desse modo, expõe Alice Monteiro de Barros (2009, p. 680):

estão excluídos do capítulo sobre duração do trabalho os empregados que exercem atividade externa, incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na CTPS do obreiro e no registro de empregados (art.62, I da CLT). Ressalta-se, todavia, que, se o empregado embora exercendo função externa, estiver sujeito a controle de jornada, como por exemplo, por meio de tacógrafo e de rotas previamente conhecidas, com previsão da duração das viagens, a jurisprudência tem-se orientado no sentido de autorizar o pagamento de horas extras.

A exigência de anotação na CTPS e no livro de registro de empregados leva a discussão se a formalidade é exigida pela constituição do ato ou para constituição probatória. Parece coerente o entendimento de que a anotação e o registro constituem apenas elementos probatórios e não a própria essência do ato. Sob essas perspectivas, a prova em contrário pode ser aceita para a construção do ato (GARCIA, 2009, p. 754).

Homero Batista Homero da Silva (2009, p. 92) elenca o que deve constituir para se vislumbrar a temática do exercício da atividade externa incompatível com o controle de jornada:

- a) verdadeiramente incompatível com controle de jornada, no sentido de impossibilidade física;
- b) a fiscalização pode ser exercida pelo empregador por diversas formas que não apenas o controle escrito, lidando-se neste campo com um vasto conjunto de indícios e presunções;
- c) o comparecimento do empregado as dependências físicas do empregador é irrelevante, pois não há diversas outras maneiras de fiscalização de sua conduta;
- e) o impacto dos meios eletrônicos de telecomunicações e de rastreamento de produtos e serviços revolucionaram a interpretação do art.62, particularmente em atividades de deslocamento remotos, como o motorista carreteiro;

Desse modo, quando houver um efetivo controle da atividade mesmo que externa, o trabalhador será excetuado da condição do art.62, I da CLT, e, desde logo, serão aplicadas todas as condições do capítulo de jornada de trabalho. Partilha do entendimento Mauricio Godinho Delgado (2009, p. 813),

cria-se aqui na CLT apenas uma presunção – a de que tais empregados não estão submetidos, no cotidiano laboral, a fiscalização e controle de horário, não se sujeitando, pois, a regência das regras sobre jornada de trabalho. Repita-se: presunção jurídica... e não discriminação legal. Desse modo, havendo prova firme (sob o ônus do empregado) de que ocorria efetiva fiscalização e controle do cotidiano da prestação laboral, fixando fronteiras claras à jornada laborada, afasta-se a presunção legal instituída, incidindo o conjunto das regras clássicas concernentes a duração do trabalho.



Elencam-se, como possíveis meios de controle de jornadas, as situações:

- a) jornadas que comecem e ou terminem nas dependências da empresa, para retirada e devolução do veículo, ferramentas e trabalho, material de divulgação ou prestação de contas, ainda o tempo gasto na rua não tenha sido controlado diretamente;
- b) fixação de roteiros de visitas ou de outros compromissos;
- c) quantidade mínima de visitas ou procedimentos a ser efetuado em determinado dia, somente se autorizando a postergação de alguma delas para o dia seguinte em caso de força maior;
- d) entrega de ordem de serviço para o empregado ou sua equipe cumprir necessariamente naquele dia;
- e) fixação de metas ou cotas com base em contatos efetuados;
- f) controle de quilometragem rodada em veículo do próprio empregado ou fornecido pelo empregador;
- g) uso intensivo dos meios de comunicação, cada vez mais generalizados, desde simples aparelhos de telefonia celular até mecanismos mais sofisticados de contato remoto, graças a microinformática (SILVA, 2009, p.92).

Acrescenta-se ainda o que assevera Saad (2007, p.155), “quando a empresa organizar um sistema de fiscalização desse trabalho externo e fixar a duração do trabalho, então aqueles empregados serão protegidos por todas as disposições do capítulo da CLT dedicado a duração do trabalho”.

86

Destaca-se também que o controle de jornada não é demonstrado necessariamente pelo comparecimento do trabalho na empresa, seja ao longo do dia ou uma vez por dia. Assim, será perfeitamente possível aferir ao motorista horas extraordinárias, bem como qualquer outra benesse, tratada no capítulo de “duração da jornada”, desde que seja possível conferir a jornada exercida pelo trabalhador, ou seja, ser constatado o controle da jornada de trabalho.

3 ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 332 (SDI-1)/TST

João de Lima Teixeira Filho (2002, p.164) salienta, em sua obra sobre as orientações jurisprudenciais, que elas podem ser tidas como “quase-enunciados”, e que o Tribunal Superior do Trabalho passou a editar por intermédio de sua Seção Especializada em Dissídios Individuais, internamente dividida nas Subseções 1 e 2. “Estágio que precede à edição do Enunciado”, enunciados, aqui, devem ser entendidos como súmulas, tendo em vista a mudança de nomenclatura. As orientações objetivam consubstanciar o entendimento do tribunal, de certo forma, fixando o entendimento jurisprudencial. Assim, as orientações são espécies de jurisprudência, juntamente com as súmulas. Porém, as orientações jurisprudenciais não possuem caráter definitivo e nem tão amplo como as próprias súmulas.

Outra diferença que pode ser elencada quanto a esses dois institutos é que a súmula emerge da discussão do pleno, enquanto a Orientação Jurisprudencial da comissão (OLIVEIRA, 2007).

As orientações emanam dos tribunais, são transitórias e emergem de questões controvertidas, debatidas pelo órgão, as quais o tribunal pretende expor seu entendimento, após decisões reiteradas. Visam a sua aplicação em casos posteriores, que tragam a mesma complexidade, e temática abrangida pela orientação. Discussão comum reside no aspecto de serem



consideradas como caráter de normatização ou não.

A orientação e súmula diferem da súmula vinculante. Esta nasce do Judiciário que possui força de lei por determinação da própria Constituição Federal, vinculando o Poder Judiciário e o próprio Poder Executivo, bem como a aplicação do entendimento do STF aos demais casos que tenham a mesma matéria (GARCIA, 2009, p.59). A orientação jurisprudencial, por sua vez, expressa apenas o entendimento do tribunal, e, mesmo sendo ele de caráter superior, não há vinculação obrigatória dos demais tribunais.

A Constituição Federal não estabeleceu limites para o exercício desse poder dos Tribunais de consolidar seus entendimentos através das orientações jurisprudências e súmulas. O Supremo Tribunal Federal vem entendendo que esse poder normativo é limitado, pois senão poderia estar ferindo a cláusula pétreia da separação dos poderes. Porém os Tribunais Regionais Trabalhistas não têm obedecido à orientação do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, fixou-se a orientação jurisprudencial nº 332 pela Seção de Dissídios Individuais –1 (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho, referente ao motorista e à possibilidade de constatar o exercício de jornada suplementar mediante o tacógrafo:

OJ Nº 332 – SDI-1/TST: Motorista. Horas Extras. Atividade Externa. Controle de Jornada por Tacógrafo. Resolução nº 816/86 do CONTRAN. O tacógrafo, por si só, sem a existência de outros elementos, não serve para controlar a jornada de trabalho de empregado que exerce atividade externa.

O intuito da Orientação Jurisprudencial, conforme Cristina Peduzzi (2005) é preconizar a interpretação de que “a SDI-1 adotou o entendimento no sentido de que o uso do instrumento eletrônico chamado tacógrafo não importa em presunção de controle da jornada do empregado. No entanto, importante ressalva foi instituída: o controle de jornada do motorista pode ser realizado por outros meios, sejam recursos humanos ou eletrônicos”.

O que se pretender debater é sobre a coerência do entendimento exposto pela OJ nº 332 (SDI-1)/TST, em determinar que o tacógrafo não é instrumento passível para o controle da jornada do motorista.

4 DEBATE SOBRE A APLICAÇÃO DO TACÓGRAFO COMO MEIO DE PROVA DE CONTROLE DE JORNADA

Nota-se que muitos são os indícios que desconfiguram o exercício de atividade externa, incompatível com controle de jornada. Já que além das provas documentais são exigíveis todos os tipos de provas legalmente previstas para a afirmação da existência de controle de jornada, bem ressalta Homero Batista Mateus da Silva (2009, p. 94) ao assinalar que “não se trata meramente de observar controle escrito de jornada, pois são válidas todas as formas de controle visual”, perfeitamente aplicável ao motorista.

O motorista foi, por muito tempo, considerado o exemplo de trabalhador em exercício de jornada externa, aliado ao fato de que, para considerar o motorista sujeito a controle de jornada, era necessário que a empresa impusesse duração máxima do percurso, pausas obrigatórias em determinados pontos especificados pela empresa, a exigência de contato telefônico com a empresa e outros. Porém, com a modernidade, mesmo que o motorista não se sujeite a um horário a ser cumprido à entrega da coisa, os meios eletrônicos que o veículo possui permite facilmente o controle de jornada. De mesmo modo, é improvável que o motorista esteja privado de



comunicação em tempo real com o seu local de partida ou de chegada (SILVA, 2009, p. 95). E justamente neste ponto da incidência dos meios eletrônico e/ou mecânico é que o tacógrafo surge.

O entendimento jurisprudencial no país é numeroso no sentido de considerar o tacógrafo como equipamento exclusivo para o controle de velocidade. Logo, inapropriado para o controle de jornada do trabalhador.

No Tribunal Regional do Paraná, o entendimento expõe que:

MOTORISTA RODOVIÁRIO - TRABALHO EXTERNO - ART. 62, I, DA CLT - TACÓGRAFO. A existência de disco de tacógrafo, desacompanhada de outros elementos probatórios, não se constitui em prova de monitoramento de horário de labor, conforme pacificado pela OJ 332 da SDI-I do C. TST. A rigor, o instrumento do tacógrafo se presta exclusivamente a atender exigência legal, viabilizando, tão-somente, a averiguação do movimento mecânico do veículo, sem possibilitar sequer a identificação do trajeto cumprido. O fato de o veículo estar em movimento não significa que o motorista esteja trabalhando. A simples constatação de que, em algumas oportunidades, o Autor informou nos manifestos de carga os horários de início e término da viagem não comprova que a Ré mantivesse controle da jornada efetivamente desenvolvida. A aposição de horários nos documentos afetos à carga transportada apenas comprova o horário em que isso se deu, mas não a fiscalização dos horários em que o Autor laborou. Recurso a que se nega provimento. TRT-PR-04076-2007-892-09-00-3-ACO-09441-2009 - 4A. TURMA Relator: SUELI GIL EL-RAFIHI Publicado no DJPR em 30-03-2009.

88

MOTORISTA - AUSÊNCIA DE CONTROLE DE JORNADA - APLICAÇÃO DO ARTIGO 62, I, DA CLT. O ônus da prova acerca do controle da jornada de trabalho cumprida pelo motorista de caminhão é do trabalhador, não se prestando para esta finalidade o tacógrafo ou equipamento similar, porque este se destina a aferir a velocidade do veículo e não o tempo à disposição do empregador. Não restando demonstrada a hipótese de fiscalização de jornada pelo empregador, a contratação do motorista sob a forma prevista no artigo 62, I, da CLT prevalece, porque corresponde à realidade fática da atividade exercida, incompatível com a fixação de jornada de trabalho. Recurso da reclamada a que se dá provimento. TRT-PR-13431-2006-005-09-00-2-ACO-05438-2009 - 1A. TURMA. Relator: BENEDITO XAVIER DA SILVA. Publicado no DJPR em 17-02-2009

O Tribunal Regional da 15ª Região, também possui entendimento semelhante:

MOTORISTA. TRABALHO EXTERNO. TACÓGRAFO. HORAS EXTRAS INDEVIDAS. O simples fato de existir tacógrafo instalado no veículo da empresa utilizado pelo reclamante não implica em considerar que havia controle de jornada pelo empregador, eis que tal equipamento decorre de exigência prevista na legislação de trânsito, com a finalidade de averiguar a velocidade empreendida pelo veículo, tanto que a jurisprudência predominante entende que os registros de tacógrafos não são elementos probatórios capazes de demonstrar fielmente a jornada praticada pelo motorista. Portanto, inexistindo fiscalização da jornada do motorista, as horas extras são indevidas. Recurso conhecido e não provido (TRT. 15ª REGIÃO - Relator(a): LORIVAL FERREIRA DOS SANTOS. Decisão Nº 051056/2001).



Denota-se pela análise dos julgados que os argumentos aludidos baseiam na máxima da existência da Orientação Jurisprudencial nº 332 (SDI-1)/TST que determina o tacógrafo não ser instrumento capaz de assegurar o controle de jornada.

Acrescenta-se, ainda como argumento, que:

não constitui meio de prova hábil a prova de jornada de trabalho o rastreador. Estes equipamentos se prestam apenas a fazer registro dos movimentos do veículo e como este pode ou não ser de uso exclusivo do empregado, desmorona-se a segurança da sua eficácia probatória (TRT/SP RO nº 01022.2007007.02.00-5 Relatora: Maria da Conceição Batista).

Denota-se que a existência do tacógrafo não presume controle de jornada, já que o aparelho não pode ser equiparado a cartão ponto, e sua finalidade é meramente o controle das condições do veículo. Contudo, a máxima está atrelada ao fato de que o tacógrafo é apenas instrumento para fiscalizar a velocidade, não podendo ser atribuído função divergente a ele. Diante de tais afirmativas, leva-se a remeter sobre o funcionamento do equipamento tacógrafo.

O tacógrafo, como meio de prova, compreende-se entre as provas documentais de natureza privada. Pode ser compreendido entre as reproduções mecânicas (a exemplo da fotografia, películas cinematográficas e outras) que têm sido largamente aceitos como meio de prova no Direito do Trabalho. Como salienta Manoel Teixeira Filho (2003, p. 301), a força probante dessas produções está “condicionada a que a parte contra quem foram produzidas aceite a sua conformidade com os fatos e coisas representados”, conforme disposição do art.383, caput, CPC. Além da admissibilidade da prova em juízo, importante é que preserve os requisitos de legalidade e moralidade na sua própria produção.

Em termos legais, foi instituída a Resolução n.º 92, de 4 de maio de 1999, do Conselho Nacional do Trânsito, e dispõe sobre requisitos técnicos para o registrador de velocidade e tempo, denominado também de tacógrafo, e determina em seus dispositivos:

89

Art. 1º O registrador instantâneo e inalterável de velocidade e tempo pode constituir-se num único aparelho mecânico, eletrônico ou compor um conjunto computadorizado que, além das funções específicas, exerça outros controles.

Art. 2º Deverá apresentar e disponibilizar a qualquer momento, pelo menos, as seguintes informações das últimas vinte e quatro horas de operação do veículo:

- I. velocidades desenvolvidas;
- II. distância percorrida pelo veículo;
- III. tempo de movimentação do veículo e suas interrupções;
- IV. data e hora de início da operação;
- V. identificação do veículo;
- VI. identificação dos condutores;
- VII. identificação de abertura do compartimento que contém o disco ou de emissão da fita diagrama.

Parágrafo único. Para a apuração dos períodos de trabalho e de repouso diário dos condutores, a autoridade competente utilizará as informações previstas nos incisos III, IV, V e VI.



De mesmo modo, o art.105, II do CTB trata do tacógrafo como instrumento obrigatório para “veículos de transporte e de condução escolar, os de transporte com mais de 10 lugares e os de carga com peso bruto total superior a quatro mil, quinhentos e trinta e seis quilogramas”.

Quanto à mecânica do equipamento, em pesquisa de campo realizada, verificou-se que o tacógrafo, como a própria lei elenca, é um aparelho de registro de velocidade, tempo e espaço percorrido. Há outros modelos que também podem fornecer e captar a rotação do motor do veículo. É acoplado ao próprio velocímetro, por ser obrigatório após a edição da lei, motivo pelo qual os veículos possuem o aparelho originário da própria fábrica. Para os demais, adaptações foram feitas para suprir a exigência legal.

As informações do equipamento são armazenadas em discos diagramados de papel. E no tacógrafo mecânico, as informações são grifadas neste disco através de agulhas de impressão. Uma agulha para cada dado fornecido pelo equipamento, ou seja, o tempo, a velocidade e o percurso. Importante destacar que os discos de informação podem ser para o prazo de 7 (sete) dias, este composto por 7 (sete) discos de 24 (vinte e quatro) horas cada, que são automaticamente substituídos, após decorrido o dia (24 horas), e ainda há o disco único de 24 (vinte e quatro) horas.

O equipamento, como já mencionado no formato do próprio velocímetro, indica a velocidade, com iluminação quando a velocidade for ultrapassada, horário do relógio, para a verificação do tempo despendido pelo motorista; a distância percorrida através da indicação da própria quilometragem – quilômetros percorridos e também, alguns equipamentos possuem a possibilidade de registro de troca do motorista indicado por numeração distinta.

90

Destaca-se ainda a obrigação legal da identificação da quilometragem inicial e final do percurso percorrido, bem como o próprio nome do motorista em cada disco de informação. Ainda, há os equipamentos que permitem a indicação da troca de motorista ao longo do percurso, sendo acionado o dispositivo, seja do motorista 1 ou motorista 2, o aparelho indica no própria marcação do disco qual o motorista que percorreu cada distância, bem como o tempo gasto. Também deverão constar no disco a data de início da jornada e a placa do veículo, não só por indicação do fabricante do aparelho, conforme pode ser observado nos manuais técnicos, mas também por determinação legal, já que a própria Resolução nº 92/99, que institui a obrigatoriedade do tacógrafo, inclui a necessidade de indicação da identificação do veículo.

Observa-se que, com essas informações, o tacógrafo, quando utilizado da forma que a lei determina, não apenas delimita a jornada executada pelo motorista, como também individualiza as informações, com a exigência de sua identificação.

Evidente que o aplicador do direito peca ao não considerar as condições técnicas que o aparelho possui. Logicamente que sua função é unicamente conhecer o direito; porém, perícia, como meio de prova em direito admitido, possivelmente identificaria os dados fornecidos pelo equipamento. Desse modo, o tacógrafo, como qualquer outro meio de prova, pode ser acrescido de outras formas de controle, entretanto não está vinculado a esses meios como determinante de sua eficácia.

A própria exposição de motivos da Resolução nº 92/99, que implementa o tacógrafo, dispõe: “Considerando que o uso e a fiscalização do tacógrafo contribuem para a redução do número de acidentes, seja pelo controle exercido sobre a velocidade imprimida ao veículo, seja pelo controle do tempo contínuo de direção e do período de repouso diário do condutor”.

Denota-se que, mais do que a fiscalização da velocidade efetuada pelo condu-



tor no veículo, o intuito também era apreciar a sua jornada, pleiteando a possibilidade de repouso. Assim, perfeitamente é admissível o tacógrafo, quando respeitado sua condição legal de existência, ser meio capaz para o controle de jornada.

Favoráveis ao uso do tacógrafo como meio de prova para se constatar o controle de jornada, alguns magistrados se colocam de forma significativa em posição de vanguarda. Expõe o Tribunal Regional do Trabalho do Estado do Paraná:

HORAS EXTRAS. MOTORISTA. COMPUTADOR DE BORDO. INSTRUMENTO DE CONTROLE DA JORNADA. A exemplo do tacógrafo, o sistema de rastreamento por satélite também é considerado instrumento capaz de permitir ao empregador a fiscalização da jornada praticada pelos motoristas. Não é razoável supor que, mesmo com a possibilidade de aferir os horários de início e término da viagem, duração, distância percorrida e paradas, o empregador se limite a utilizar o monitoramento eletrônico para controle de segurança do motorista, do veículo e da carga. O enquadramento no art. 62, I, da CLT, só é possível quando não haja qualquer possibilidade de controle da jornada. Recurso do autor a que se dá provimento, para condenar a ré ao pagamento de horas extras. TRT-PR-01036-2007-096-09-00-0-ACO-16783-2009 - 2A. TURMA. Relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU. Publicado no DJPR em 02-06-2009

De forma ainda mais inusitada, a decisão do Relator Ricardo Artur Costa e Trigueiros do Tribunal Regional de São Paulo:

MOTORISTA. CONTROLE DE JORNADA. TACÓGRAFO. RESOLUÇÃO Nº 92/99 DO CONTRAN. HORAS EXTRAS RECONHECIDAS. O tacógrafo é o instrumento registrador, instantâneo e inalterável, de velocidade e tempo, que permite apurar não só a velocidade do veículo, mas também toda a atividade do motorista, distância percorrida, data e hora do início do transporte, de forma diária, o que o torna hábil à caracterização do controle do horário efetivamente cumprido pelo empregado. Embora se trate de equipamento obrigatório de segurança, consoante dispõe o artigo 105 do Código Nacional de Trânsito, o tacógrafo permite sim, a aferição de jornada, conforme explicita a Resolução nº 92, de 4 de maio de 1999, do CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito), em seus artigos 1º e 2º (“Parágrafo único. Para a apuração dos períodos de trabalho e de repouso diário dos condutores, a autoridade competente utilizará as informações previstas nos incisos III, IV, V e VI”), dirigindo-se o comando desta norma, não apenas às autoridades de trânsito mas também às autoridades trabalhistas, às quais incumbe fiscalizar o cumprimento de normas de ordem pública que velam pela limitação de jornada e horário de repouso do trabalhador. Destinando-se pois, ao controle da atividade do motorista, inclusive quanto aos seus períodos de trabalho e de repouso, e estando o tacógrafo, in casu, associado a outras formas de acompanhamento da atividade pelo empregador, afasta-se a incidência do art. 62, I, da CLT, restando devidas ao caminhoneiro às horas extras e reflexos. Recurso a que por maioria se dá provimento, no particular. TRT/SP - 01928200501602009 - RO - Ac. 4ªT 20080261250 - Rel. RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS - DOE 18/04/2008.

Além de utilizar as informações fornecidas pelo tacógrafo para comprovar sua veracidade como meio probante para configurar o controle de jornada pelo empregador, refere-se ao parágrafo único do artigo 2º da Resolução 92/99 que dispõe que “para a apuração dos períodos de trabalho e de repouso diário dos condutores, a autoridade competente utilizará as informações previstas nos incisos III, IV, V e VI”. Entende, desse modo, o magistrado que a norma exige um



comando também para o juiz do trabalho, para que este utilize as informações fornecidas pelo instrumento para vislumbrar a jornada percorrida pelo motorista.

Ainda, há aqueles que sobrepõem o argumento de que o disco do tacógrafo pode não ser utilizado pelo empregador com o intuito de apreciar a jornada efetuada pelo motorista. Porém, o que deve ser vislumbrado é que a informação estava disponível para esse fim. Expõe Homero Batista Mateus da Silva (2009, p. 95) que:

Ao estabelecer que a atividade externa deva ser efetivamente incompatível com o controle de jornada para decair do direito às horas suplementares e demais títulos, o art.62, I, deixou claro que o ponto central é a impossibilidade do controle e não o desinteresse do empregador ou sua desconsideração. Logo, o controle em potencial ou em tese já é o bastante para afastar a regra do art.62, ou seja, já é o bastante para considerar o empregado sujeito a alguma forma de controle de jornada – ou passível de ser.

Brilhante exposição do doutrinador, levando em conta a própria realidade fática da jornada do motorista, pois, em que se pese o tacógrafo ser meio hábil para o controle, o empregador deixa de assim considerá-lo com o intuito de não configurar a hipótese de jornada controlada, fora da disposta no art.62, I da CLT. Desse modo, com o controle o motorista faria jus às horas suplementares e o adicional de hora extra, que, atrelado à jornada exaustiva que o motorista se submete, ensejaria em remuneração, não gerando lucro desejado pelo empregador.

Além de que esta “faculdade” do empregador em realizar ou não o controle de jornada de trabalho do motorista, reflete, novamente, a interpretação extensiva o instituto que possui natureza peculiar e não geral. “Normalmente as empresas que mais se apegam na discussão da aplicação do art.62, I, são justamente aquelas cujas atividades não são cabíveis dentro das oito horas, o que é sintomático” (SILVA, 2009, p.96).

92

No mesmo sentido, o Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais entende que:

MOTORISTA DE CAMINHÃO HORAS EXTRAS TACÓGRAFO. Não obstante o tacógrafo sirva, originariamente, para controlar a velocidade do veículo, na qualidade de equipamento de segurança, ou para viabilizar a racionalização do uso da frota, permite, de igual sorte, a aferição de jornada, ao menos no tocante ao tempo de andamento do veículo. Sobre esse tempo de andamento, há possibilidade de o empregador exercer controle, sendo devidas as horas laboradas em sobrejornada nesse tempo. TRTMG. Decisão: 19.06.2002, RO 01702-2001-027-03-00; 4ª Turma; Relator: Juiz Maurício José Godinho Delgado.

Enfim, o tacógrafo é meio de prova válido, não só em seu conteúdo, quanto em sua origem que é lícita e privada, para aplicação no processo do trabalho, de modo relevante para se auferir a jornada de trabalho do motorista.

Além do aspecto técnico que envolve a possibilidade de se determinar o controle da jornada de trabalho do motorista fazendo jus a todas as proteções legais que a jornada normal de trabalho possui, relevante é considerar a situação fática e social. A necessidade de se estabelecer limite na jornada de trabalho do motorista, conseqüentemente, recaindo sobre este os benefícios e garantias que a jornada de trabalho controlada expõe, é questão pública e deve ser valorada também pelo aplicador da lei, pois a lei é aplicada para a sociedade e cresce na própria essência da sociedade.



Importante é considerar o tacógrafo como meio de prova, de modo que diversos Projetos de Lei – PL nº 1459/2007, 3029/2008, nº 3783/2004, em trâmite na Câmara dos Deputados e o Congresso Nacional, dispõem sobre a reforma do art.62 da CLT e a inclusão do tacógrafo como instrumento para de auferir a jornada.

Exemplo que pode ser elencado é a proposta de nova redação nº 3783/2004:

Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, desde que tal condição seja obrigatoriamente anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

§ 1º O regime previsto neste capítulo será aplicável:

I - aos empregados mencionados no inciso II do *caput* deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento);

II - aos motoristas e cobradores, que desenvolvam trabalho externo com rota determinada ou pela quilometragem dos veículos usados para o trabalho. (NR)

§ 2º - *No caso de empregado motorista como também do cobrador, o disco tacógrafo poderá servir como meio de controle de jornada.*”

Embora se trate apenas de P.L., e propostos por diversos partidários, inequívoca é a necessidade de se abordar a questão, seja por criação de nova legislação para pacificar a controvérsia, seja por aplicação hipotética no caso concreto, pelo intérprete. Um dos pontos da justificativa do legislador foi que:

93

A limitação da jornada de trabalho é uma das mais importantes conquistas do trabalhador. Jornadas estendidas e ilimitadas, além de um atentado à saúde e higiene do trabalho, constituem uma diminuição indevida e intolerável à remuneração devida ao empregado, já que geralmente excluem o pagamento de horas extras.

O art. 62 da CLT, que ora se altera, insere compreensíveis exceções ao regime geral de jornada de trabalho, em função da impossibilidade de aferir-se com segurança a duração do trabalho prestado. Entre as exceções legais está o trabalho externo intrinsecamente incompatível com o controle de jornada.

Todavia, esse dispositivo gerou abusos em relação aos empregados em trabalho externo, sujeitando-os a jornadas estafantes, sem pagamento de horas extras.

A jurisprudência e a doutrina dedicaram-se a construir os marcos precisos para delimitar os meios indiretos de controle e determinar o pagamento das horas extras. Sendo pacificada a questão entre os operadores do direito, cabe à Lei incorporar esses elementos de controle de jornada do empregado em trabalho externo e garantir-lhe a proteção conferida aos demais empregados.

Por ser socialmente justo e juridicamente necessário conferir tratamento isonômico a esses empregados, apresentamos este Projeto de Lei e conta-



mos com o apoio dos nobres parlamentares para a sua aprovação (P.L. nº 3783/2004)

Ou ainda, a justificativa exposta no P.L. 3029/2008:

a rotina de trabalho desenvolvida na condução de caminhões, além de incompatível com os graus mínimos de proteção do trabalho adotados pela Constituição Federal e pela CLT, está por trás das elevadas estatísticas de acidentes com caminhões e de uma sensível piora nas condições de saúde dos caminhoneiros.

São muitos, e assustadores, os casos de alcoolismo, depressão, doenças, cardiovasculares, obesidade, dependência química, diabetes, entre outras doenças que acometem os trabalhadores da categoria, sejam autônomos, sejam empregados. Se nada for feito para enfrentar essa situação, o quadro só tende a piorar, com grande prejuízo não só para os trabalhadores, como também para os demais usuários das rodovias, para as empresas e para os órgãos de saúde e de seguridade social. Trata-se de uma questão que interessa a todos.

Para enfrentar o problema, propomos o presente Projeto de Lei que altera a CLT para estabelecer parâmetros e formas de controle da jornada externa dos caminhoneiros. Como a CLT só alcança os caminhoneiros empregados, entendemos ser necessário criar, por meio de alteração no Código de Trânsito Brasileiro – CTB, um balizamento próprio aplicável a todos os caminhões em circulação na rodovias brasileiras, atingindo, portanto, os caminhoneiros autônomos. As alterações propostas no CTB tipificam condutas exigidas dos caminhoneiros para circular nas rodovias, impondo-lhes um tempo máximo de condução contínua do veículo e pausas para descanso. Tal medida impõe também formas de controle da jornada do caminhoneiro e dá às autoridades de trânsito o instrumento necessário para fiscalizar o cumprimento das normas e aplicar sanções, se necessário (P.L. 3029/2008 – Vital do Rego Filho).

O que se verifica é que mais do que limitar a jornada de trabalho, o reflexo da aceitação do tacógrafo como meio de prova é transportado diretamente para o contexto social, como também se volta à preservação dos direitos sociais e fundamentais do motorista, sob pena de se remeter à época da história em que o trabalhador era submetido a jornadas desumanas e exaustivas em nome da “mais-valia”.

5 CONCLUSÃO

Sobre o tema, verificou-se que o entendimento é que o motorista integra a modalidade de jornada não controlada, assim denominada, tendo em vista a natureza da atividade exercida pelo obreiro que se configura como externa, incompatível com o controle de jornada pelo empregador, aquela efetivamente fora do alcance patronal, conforme determina a própria CLT. Como consequência, não se aplica a determinações do capítulo que regulamenta a duração do trabalho, não fazendo jus a adicional de horas extras. Porém não incidirá sobre o motorista as restrições que a CLT impõe para o exercício de atividade externa, quando, de algum modo, o empregador puder realizar o controle da jornada, seja por intermédio de relatórios, imposição de duração máxima de percurso, ou por meios eletrônicos, a exemplo do tacógrafo, por ser este um instrumento de uso obrigatório em determinados veículos.

Parte da jurisprudência fixou-se no sentido de não admitir o tacógrafo, por si só, como controle de jornada, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 332 (SDI-1) TST, sob o



argumento de que o equipamento permite apenas obter informações quanto a velocidade percorrida, e o tempo de percurso. Contudo, a orientação jurisprudencial não tem força de lei, e nem se caracteriza como fonte do direito, apenas trata da exposição do entendimento daquele tribunal sobre a temática, não vinculando nenhum outro tribunal a obrigatoriedade de decisão em mesmo sentido.

Diante de uma análise técnica e da própria legislação, o que se vislumbra é um posicionamento divergente, pois, mais do que aferir a velocidade, o equipamento identifica a distância percorrida, o tempo de movimentação do veículo, e do mesmo modo suas interrupções, a data e hora do início da jornada e ainda é necessária a identificação do condutor. Assim, o disco do tacógrafo que armazena essas informações, é meio de prova idôneo para figurar como controle da jornada do motorista.

A legislação que impõe a obrigatoriedade do tacógrafo impõe que para a apuração de trabalho e repouso diário do condutor, poderá a autoridade competente fazer uso das informações constantes no disco. Assim, torna-se concreto e evidente a possibilidade de utilização do tacógrafo não apenas como controle de jornada, mas também possibilita, consequentemente, a garantia dos demais direitos ao motorista, como a hora extraordinária diante da jornada suplementar.

Por fim, alguns magistrados têm tido a posição de vanguarda e acertada em conferir hora extraordinária ao motorista, quando esta é configurada pelo controle realizado pelo tacógrafo. Mais do que mera aplicação do direito, o intérprete realiza a garantia de direitos fundamentais ao motorista como a própria dignidade, e principalmente um trato para com toda a sociedade ao acolher o controle, zelando pela garantia de uma jornada de trabalho que respeita as condições psicológicas e físicas do indivíduo.

95

REFERÊNCIAS

AFONSO, Rosilaine Aparecida Balbo. **Horas extraordinárias na jornada de trabalho**. 2000. 64 f. Monografia (Conclusão do Curso de Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Curitiba: 2000.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed., São Paulo: Ltr, 2009.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Um estudo crítico sobre as fontes do direito do trabalho no Brasil e sua aplicação**. Disponível em: <<http://www.prt22.mp.t.gov.br/artigos/trabmarc8.pdf>> Acesso em: 01 out. 09.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed., São Paulo: Ltr, 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed., São Paulo:

Método, 2008.



GIGLIO, Wagner D.; CORREA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. atual. José Augusto. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALES, Odonel Urbano; MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Duração do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 1996.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de direito processual do trabalho**. 7. ed., São Paulo: Ltr, 2009.

MARQUES, Gérson. **Processo do trabalho anotado: CLT e legislação complementar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho: serie fundamentos jurídicos**. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito processual do trabalho**. 29. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito do trabalho**. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Comentários a CLT**. 13. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

96 MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário nº 01702.2001.021.03.00. Partes: Furbino de Lima Soares X Tranposrte Ceam**. Relator: Mauricio Jose Godinho Delgado. 06.07.02. Disponível em: < www.mg.trt.go.v.br/>. Acesso em: 03 jul. 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

OJ 322 do TST não afasta direito de motorista às horas extras. **Correio Forense**. Brasil, 27/05/2005. Disponível em: <http://www.correioforense.com.br/noticia_pdf/id/5996/titulo/OJ_322_do_TST_nao_afasta_direito_de_motorista_as_horas_extras.html>. Acesso em: 14 maio 2010.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de Oliveira. **A prova no processo do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Cinthia Machado de. **A revisão da jurisprudência do TST em matéria de direito coletivo do trabalho**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 40, 30/04/2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1776>. Acesso em: 03 jul. 09.



PEREIRA, Luiz Fernando. A análise da prova no processo do trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 79, 20 set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4231>>. Acesso em: 06 jul. 09.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed.. São Paulo: Saraiva, 2004.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho**: comentada. 40. ed. São Paulo: Ltr, 2007

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castello. **Curso de direito processual do trabalho**. 6. ed., São Paulo: Ltr, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário nº 01928.2005.016.02.00-9. Partes: José Correia de Souza X Indústria de Produtos Alimentícios Piraque**. Relato: Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 07 maio 2009.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado: jornadas e pausas**, v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SOUZA, Robson. **Fontes do direito do trabalho**. Disponível em:<<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/law/labor-law/504615-fontes-direito-trabalho>>. Acesso em: 13 set. 2009.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 20. ed., São Paulo: Ltr, 2002, v.1.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 8. ed., São Paulo: LTr, 2003.



RELAÇÃO DE TRABALHO X RELAÇÃO DE EMPREGO E O TRABALHADOR AUTÔNOMO

Ingrid Favoreto¹

RESUMO

Com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 ocorreram alterações no âmbito da competência da Justiça do Trabalho. O termo Relação de Trabalho, expressa no art. 114 da Constituição Federal, trouxe divergências pelo fato de sua generalidade de conceitos, o qual tem como espécie as Relações de Emprego. As Relações de Emprego são amparadas pela Consolidação das Leis Trabalhistas há muito tempo, porém a competência da Justiça do Trabalho vem sendo ampliada gradativamente. Uma das características que especificam uma Relação de Trabalho, como sendo empregatícia, são os elementos que configuram o vínculo da relação. Mesmo tendo conhecimento sobre os conceitos que permeiam um vínculo empregatício, sempre surgem, com as mudanças que vão acontecendo em todos os níveis de mercado, novas formas de Relação de Trabalho, o que trazem novamente a dúvida dos operadores do direito em enquadrar ou não tais relações como sendo empregatícias. Há poucas Relações de Trabalho, não caracterizadas como empregatícias, que são de forma unânime e expressa amparadas pela Consolidação das Leis Trabalhistas. Existe uma certa tendência em aumentar mais as competências da Justiça do Trabalho, o que leva a indagar sobre a aplicabilidade dos conceitos atuais.

Palavras-chave: Relação de Emprego. Vínculo Empregatício. Competências. Emenda 45/04. Elementos do Vínculo. Relação de Trabalho. Trabalhador Autônomo. Contrato de Trabalho. Mudanças.

98

ABSTRACT

With the Constitutional Emendation nº 45 of 2004 had occurred alterations in the scope of the ability of the Justice of the Work. The term Relation of Work, express in art. 114 of the Federal Constitution brought divergences for the fact of its generality of concepts, which has as species the Employment relationships. The Employment relationships are supported by the Consolidation of the Working Laws have much time, however, the ability of the Justice of the Work comes gradual being extended. One of the characteristics that they specify a Relation of Work as being employment is the elements that configure the bond of the relation. Exactly having knowledge on the concepts that permian an employment bond, always they appear, with the changes that go happening in all the market levels, new forms of Relation of Work, what they again bring the doubt of the operators of the right in fitting or not such relations as being employment. They are few Relations of Work, not characterized as employment, that they are of unanimous and express form, supported for the Consolidation of the Working Laws. It has a certain trend in increasing more the abilities of the Justice of the Work, what it takes in them to inquire on the applicability of the current concepts.

Keywords: Employment Relationship. I Tie Employment. Abilities. Emendation 45/04. Elements of the Bond. Relation of Work. Self-employed Worker. Employment Contract. Changes.

¹ Graduada em Administração de Empresas pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Graduada em Direito pela UniFil - Advogada; Pós-graduada em Magistratura e MP do Trabalho. E-mail: ingrid_adv@hotmail.com



SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 AS ALTERAÇÕES NA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 2.1 Características que Configuram a Relação de Emprego. 2.2 Trabalho Subordinado X Trabalho Autônomo. 2.3 O Autônomo e a Competência da Justiça do Trabalho. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional (EC) 45/2004 alterou a competência da Justiça do Trabalho. Dentre as alterações está a inclusão do termo “relação de trabalho” no artigo 114 da Constituição Federal (CF), *caput*. Muito se tem debatido sobre a abrangência deste termo, porém, a maioria dos doutrinadores concordam que “relação de trabalho” é mais amplo que “relação de emprego”, sendo gênero e espécie respectivamente.

Apesar das definições teóricas, na prática surgem dúvidas, principalmente com o aparecimento constante de novas formas de relacionamento entre empregadores e empregados, motivados pelas novas tecnologias e suas aplicações. Estudos mais aprofundados contribuiriam para delimitação dos conceitos e caracterização do vínculo, impedindo os empregadores de mascarar os fatos para não arcar com as responsabilidades trabalhistas, fornecendo, com isso, uma melhor aplicabilidade do direito.

A caracterização do vínculo na relação entre empregado e empregador ainda é um dos pontos que diferenciam os dois termos, pois, não sendo um vínculo empregatício, não poderá ser considerada uma relação de emprego (espécie), passando a ser somente uma relação de trabalho (gênero).

Assim, o presente estudo, de início, demonstrará uma breve evolução da competência da Justiça do Trabalho; após, serão vistas as características que configuram a relação de emprego, as quais a torna diferenciada de qualquer outra relação de trabalho; em seguida, far-se-á uma análise entre o trabalhador subordinado e o autônomo; e, por fim, pretende-se abordar sobre a abrangência da competência da Justiça do trabalho em relação aos trabalhadores autônomos.

A partir disso, espera-se contribuir com a autoindagação sobre a importância ou não de caracterizar um vínculo como empregatício, frente às mudanças pelas quais tem passado e vai passar, e ajudar a criar uma imagem do que se pode esperar da Justiça do Trabalho futuramente.

2 AS ALTERAÇÕES NA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Sabe-se que as mudanças que vem ocorrendo na Justiça do Trabalho não são as primeiras, afinal, tem sido constante ao longo dos tempos, pois sempre surgem novos meios, instrumentos e formas de interação entre as partes em uma relação de trabalho, seja por qual motivo for, até mesmo como uma tentativa do empregador de fugir das imposições e obrigações legais. O que deve permanecer, porém, é o objetivo principal desta Justiça Especializada, de proteger a parte hipossuficiente, evitando a exploração e proporcionando melhores condições econômicas e sociais aos trabalhadores.

Foi com a Constituição de 1934 que surgiu a denominação Justiça do Trabalho, porém faltava ser criado o projeto de lei para estruturá-la, e sua atuação era somente em âmbito



administrativo, ou seja, não era considerada um órgão do poder judiciário. Dizia o art. 122 da Constituição de 1934; “Para dirimir questões entre **empregadores e empregados**, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I. (grifo nosso).”

A Constituição de 1937 manteve a atuação da Justiça do Trabalho no âmbito administrativo, mas teve algumas alterações no texto do artigo referente ao assunto:

Constituição de 1937, Art. 139 – Para dirimir conflitos oriundos das relações entre **empregadores e empregados**, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e a qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça Comum. (grifo nosso).

A Constituição de 1946 transformou a Justiça do Trabalho em órgão do Poder Judiciário, deixando de atuar somente em âmbito administrativo.

Constituição de 1946, Art. 123 – Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre **empregados e empregadores**, e as demais controvérsias oriundas de relações do trabalho regidas por legislação especial. (grifo nosso)

§ - 1 Os dissídios relativos a acidentes do trabalho são da competência da Justiça ordinária.

§ - 2 A lei especificará os casos em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho.

Já a Constituição de 1967 dizia o seguinte:

Constituição de 1967 e EC 01/69: Art. 142. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre **empregados e empregadores** e, mediante lei, outras controvérsias oriundas da relação de trabalho.

§ 1º A lei especificará as hipóteses em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho.

§ 2º Os litígios relativos a acidentes do trabalho são da competência da justiça ordinária dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, salvo exceções estabelecidas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

É possível observar, até então, que se utilizava sempre os termos “empregadores e empregados” quando o texto se referia às partes de uma controvérsia trabalhista. Entretanto, com a Constituição de 1988, o termo “empregados” foi substituída por “trabalhadores”, gerando dúvidas, as quais foram pacificadas com o entendimento consolidado de que se tratava da figura do “trabalhador subordinado”, o qual presta o serviço ao “empregador”, pressupondo, dessa forma, ainda ser uma relação de emprego, e deixando as relações de trabalho de sentido amplo como exceção (Lora, 2005).

Constituição de 1988 (antes da emenda): “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre **trabalhadores e empregadores**, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.”



Já com a Emenda Constitucional 45/2004, o termo “empregadores e empregados” foi retirado do texto do artigo 114 da CF e substituído por “relação de trabalho”, englobando não só as já mencionadas relações de emprego, mas também entrando em campos em que a Justiça do Trabalho não era competente, trazendo várias indagações, suposições, correntes que permanecerão sem certezas até que, com o passar do tempo, as idéias se firmem e comecem a tomar forma a ponto de se poder definir melhor o alcance desta Justiça Especializada.

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da **relação de trabalho**, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

Mesmo com essas mudanças que vêm acontecendo até o momento na competência da Justiça do Trabalho, ainda persiste na CLT uma idéia de unidade industrial clássica, ignorando as transformações do mercado presentes em ritmo muito mais acelerado, que fizeram as máquinas e aparelhos participarem, cada vez mais, de atividades, substituindo cargos e contribuindo, através de vários meios de comunicação, como a internet, celular, transmissões via satélite, dentre outras, para que, por exemplo, a presença não fosse um requisito tão importante e a subordinação fosse mais sutil.



2.1 Características que Configuram a Relação de Emprego

A CLT no art. 3º define o que seja empregado de forma a desconfigurar outras espécies de trabalhadores do amparo da CLT, ou seja, para ser empregado devem estar presentes as seguintes características: ser pessoa física, prestar serviços de natureza não eventual ou de forma contínua, sob dependência ou mediante subordinação e recebendo salário ou contraprestação. O art. 2º da CLT ainda inclui mais a característica da pessoalidade e da alteridade que traz a idéia de alguém prestar serviço por conta de outro.

Preenchendo esses requisitos cumulativamente, o empregado tem uma ampla lista de direitos garantidos, todos detalhadamente mencionados pela CLT, súmulas, orientações jurisprudenciais, entendimentos doutrinários, e outros. Por outro lado, não se enquadrando nesse grupo mencionado, o trabalhador fica perdido pela dúvida em buscar a Justiça Comum ou a Justiça do Trabalho.

Antes da Emenda 45, para estes trabalhadores excluídos procurarem a Justiça do Trabalho deveriam provar, o que normalmente é feito por meio de testemunhas, devido à dificuldade de dispor de provas documentais, a ocorrência da relação de emprego entre as partes, se quisesse buscar seus direitos na CLT, relação esta que, muitas vezes, é empregatícia, mas presente de forma camuflada, ou seja, uma tentativa do empregador evitar de arcar com os débitos trabalhistas.

Ausente um dos elementos que definem um empregado, segundo a CLT, aquele conflito não poderia ser resolvido na Justiça do Trabalho, o que descaracteriza o vínculo empregatício, não sendo amparado pela CLT, portanto, era considerado qualquer outro contrato menos o contrato de trabalho em sentido restrito – relação de emprego. Assim leciona Dr. Mauricio Godinho Delgado:

[...] a prestação de trabalho pode emergir como uma obrigação de fazer pessoal, mas sem subordinação (trabalho autônomo em geral); como uma obrigação de fazer sem personalidade nem subordinação (também trabalho autônomo); como uma obrigação de fazer pessoal e subordinada, mas episódica e esporádica (trabalho eventual). Em todos esses casos, não se configura uma relação de emprego (ou, se quiser, um contrato de emprego). Todos esses casos, portanto, consubstanciam relações jurídicas que não se encontram sob a égide da legislação trabalhista (CLT e leis trabalhistas esparsas) e nem sob o manto jurisdicional próprio (competência própria) da Justiça do Trabalho (DELGADO, 2005, p. 287).

Há algumas poucas exceções que não configuravam relação de emprego, porém já eram de competência da Justiça do Trabalho antes da Emenda Constitucional 45/04. São elas o inciso III, alínea “a” do art. 652 da CLT, que menciona sobre o empreiteiro, operário ou artífice; o art. 19 da Lei nº 6.019/74, que trata das empresas de serviço temporários e seus trabalhadores; o art. 643, par. 3º da CLT, quanto aos trabalhadores avulsos, portuários e os operadores portuários ou o órgão gestor de mão-de-obra decorrentes da relação de trabalho.

Poder-se-ia dizer que a inclusão do termo relação de trabalho, na competência da Justiça Trabalhista, é uma mudança já esperada há tempos, pois nada mais lógico do que as relações de “trabalho” serem formalizadas por meio de um contrato de “trabalho”, e os conflitos que dela surgissem fossem levados a Justiça do “Trabalho”. Apesar de simples este pensamento, muito ainda precisa ser adequado a esta nova concepção, afinal a CLT é, em sua maior parte,

voltada à defesa das relações de “emprego”, e o termo “relação de trabalho” abre uma infinidade de possibilidades sem precedentes as quais necessitam de muitos estudos e muitas mudanças.

Atualmente, não há mais a necessidade de provar que o vínculo entre um trabalhador supostamente autônomo e o empregador é uma relação de emprego para determinar a competência do juízo, porém surge a dúvida de quais serão os direitos de uma relação de trabalho? Serão mantidas as disposições já existentes na área cível?

Consequentemente os advogados e juízes trabalhistas terão que se especializar mais na área civil, em matéria de contratos. Como exemplo os contratos de prestação de serviços (artigos 593 a 609, do Código Civil e Lei 10406/02), de empreitada (artigos 610 a 626, do Código Civil) exceto quando o empreiteiro for operário ou artífice (artigo 652, inciso III, da CLT), contrato de transporte (artigo 730 do Código Civil), as pessoas físicas contratadas para corretagem (artigos 722 a 729 do Código Civil), os comissários (artigos 693 a 709 do Código Civil), os representantes comerciais autônomos (Lei 4.886/65), os agenciadores/distribuidores (artigos 710 a 721 do Código Civil), dentre outros, pois a competência que antes era da Justiça Comum inevitavelmente passou a ser da Justiça do Trabalho,

Mas as dúvidas não se encerram e nem se resolvem somente nisso. Percebe-se que os elementos caracterizadores de uma relação de emprego não têm mais a importância de antes, o que acontecerá com muitos outros artigos que tomavam como base, ou linha de pensamento, o art. 3º ou 2º da CLT. Ou seja, as mesmas disposições encontradas na CLT agora passarão a ser vistas com outros olhos, interpretadas de formas diferentes, e somente com o tempo saber-se-á definir, moldar e prever o que resultará tudo isso.

Por enquanto, pode-se perceber claramente que a subordinação não é necessária para caracterizar uma relação de trabalho em sentido amplo e que o trabalhador deve ser pessoa física. Não se pode afirmar quanto à contraprestação, pois há a figura do trabalho voluntário e o elemento eventualidade não mais exclui o conflito da competência da Justiça do Trabalho. Quanto à pessoalidade, é possível que não seja obrigatória.

Deve-se convir que, mantendo-se a exigência de os elementos caracterizadores da relação de emprego estarem presentes de forma cumulativa, seria dificultar o próprio empregado de obter o amparo aos direitos trabalhistas, afastando o princípio basilar da máxima proteção ao trabalhador, ou seja, estaria beneficiando o empregador, que, por vários meios ardilosos, poderia criar situações que descaracterizariam a relação de emprego, e o empregado, por ser a parte hipossuficiente da relação, muitas vezes se sujeita a tais situações, levado pelo desemprego, falta de opção e necessidade.

2.2 Trabalho Subordinado X Trabalho Autônomo

A categoria de trabalhadores autônomos abrange vários profissionais, dentre eles os profissionais liberais, representantes comerciais, corretores, etc. Nestes, está ausente um elemento predominante nas relações de emprego, que é a subordinação. Entretanto a nova competência da Justiça do Trabalho abriu as portas para as “relações de trabalho”, deixando de amparar unicamente os trabalhos subordinados.

A palavra subordinação traz o significado de alguém se submeter às ordens. Em latim é *sub ordine* (estar sob ordens), ou sob as tarefas e obrigações que outro alguém determine, é um estado em que não se pode exercer a liberdade, mas estar à disposição para



cumprir o predisposto, prestando atividades, seja ela intelectual, material ou física, respeitando turnos. Já um trabalhador autônomo possui uma maior liberdade para cumprir as tarefas, assume riscos. A legislação previdenciária (*Lei 8.212/91, art 12, V, "h"*) indica um conceito de autônomo: "é a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não (ALMEIDA, 2008, p. 23)."

Há várias espécies de nomenclaturas para definir os tipos de subordinação conforme o doutrinador, mas as que mais tem importância são: a hierárquica (jurídica), a técnica e a econômica (estrutural). A hierárquica é estar sob o comando, denominada também por alguns de dependência jurídica; a técnica relaciona-se a supervisão, controle de produção final (jurídica); e a econômica está voltada à dependência do empregado à estrutura organizacional gerada pelo empregador, podendo ser chamada também de subordinação estrutural (ALMEIDA, 2008, p. 35).

A subordinação é firmada através de um contrato tácito ou expresso entre as partes, como dispõe o art. 442 da CLT, inclusive no artigo é mencionado que tal contrato corresponde à "relação de emprego", estando, assim, presentes também a pessoalidade, não eventualidade e contraprestação. A subordinação é uma característica que faz do contrato de trabalho (sentido - relação de emprego) ser inconfundível com qualquer outro contrato, porém o contrato de trabalho, em sentido amplo, já não se vale mais deste critério de diferenciação, mas sim pela posição de hipossuficiência de uma das partes, ou inferioridade na relação jurídica, que seria uma forma de subordinação bem mais sutil.

Pode-se dizer que são características de um contrato de trabalho em sentido restrito (relação de emprego) bilateral (sinalagmático), ou seja, entre duas pessoas com obrigações contrárias e equivalentes; consensual ou acordo entre vontades; comutativo ou de prestações equivalentes; sucessivo ou de várias prestações, não-formal, o que permite ser tácito (art. 442 da CLT); oneroso, em que há uma contraprestação; em regra de adesão, uma das partes adere ao já disposto; e, por fim, uma característica mais marcante é ser um contrato de realidade - vale o que realmente ocorreu e não o que foi disposto em contrato.

Um contrato de trabalho, englobando as relações de trabalho, teria as seguintes características mais marcantes, que são somadas ou ressaltadas das anteriores: haver a prestação de trabalho humano, ser um contrato de atividade; consensual; pessoalidade mínima, pois nada impede, em tese, que a obrigação seja fungível; e de caráter comutativo ou coordenado (FELICIANO, 2005).

Nos dois casos de contrato, tanto o amplo quanto o restrito, não poderá haver a característica de paridade entre as partes, pois esta estaria pressupondo que as partes estão em igualdade de poderes, eliminando, por parte de um dos lados, a inferioridade na relação jurídica, o que configuraria o autônomo de fato, ou o profissional com plenos poderes de assumir seus encargos, ou seja, o profissional liberal (Súmula 336 do STF), que será visto mais a frente.

Dentre os poderes do empregador, que gera inevitavelmente a subordinação, estão: o de direção ou comando; o regulamentar, onde fixa as regras a serem observadas na empresa; o de controle, que supervisiona o andamento das atividades; o disciplinar, o qual dá o direito ao empregador de aplicar sanções. Todavia este último poder é limitado, podendo aplicar somente as punições previstas em lei, em contrapartida, o empregado pode resistir a qualquer tipo de controle que ofenda a moralidade, bons costumes e dignidade, é o chamado direito de resistência.

Esses poderes ou direitos do empregador posicionam o empregado como parte hipossuficiente, subordinada na relação trabalhista, uma vez que o empregado encontra-se inseri-



do no sistema produtivo do empregador, utilizando-se das ferramentas da empresa, e participando em conjunto com outros empregados. Cada um desempenha suas funções e todos contribuem para o objetivo principal, geral da empresa, como um sistema interligado, e o empregador utiliza-se destes poderes para garantir o andamento e eficiência dos procedimentos.

Um profissional autônomo não estaria inserido neste sistema produtivo de forma literal, e sim possuiria maior liberdade que um empregado tradicional, entretanto, ainda há certa subordinação, de forma sutil. Esta subordinação sutil, chamada por alguns de parassubordinação, é uma subordinação mitigada, que se encontra em uma região mediana entre trabalhador autônomo de fato e relação de emprego (NETO, 2009).

2.3 O Autônomo e a Competência da Justiça do Trabalho

O STJ uniformizou o entendimento, até então, da competência da Justiça do Trabalho em relação aos profissionais autônomos na Súmula nº 363. Estes profissionais, por exemplo, os médicos, arquitetos, engenheiros, advogados, quando estiverem atuando de forma completamente autônoma, ou seja, houver relação de igualdade entre as partes, a competência para julgar a ação de cobrança do profissional contra cliente continuará sendo da Justiça Comum. Diz a Súmula: “Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente. Rel. Min. Nilson Naves, em 15/10/2008.”

Dessa forma, para que seja considerada competência da Justiça do Trabalho, e o trabalhador autônomo seja submetido ao juízo trabalhista, é necessário que o profissional prestador do serviço esteja em situação de inferioridade na relação jurídica, seja pelo critério de subordinação hierárquica, técnica ou econômica. Em outras palavras, que este profissional esteja inserido em um processo produtivo, agregando valor à atividade econômica de um terceiro. Não sendo perceptível a desigualdade de uma das partes, o autônomo será equiparado ao empresário, aos profissionais liberais ou autônomos propriamente ditos, os quais utilizam meios próprios a seu próprio favor, conforme síntese de entendimento do ministro Lélcio Bentes Corrêa, relator do recurso de revista (RR-1110/2007-075-02-00.5).

Há quem sustente posicionamento contrário a esta decisão, e estes entendimentos tem como base o argumento de que a Súmula 363 do STJ estaria ferindo o art. 114 da CF, portanto, sendo inconstitucional. Esse argumento segue o raciocínio de que o termo “relação de trabalho”, inserido no art. 114 da CF, é uma expressão genérica, englobando todas as relações jurídicas de prestação de serviço voltadas no labor humano, ou seja, o trabalho eventual, o trabalho autônomo, o avulso e qualquer outro que estivesse referindo a um trabalho, e um profissional liberal é um trabalhador autônomo (DELGADO, 2005, p. 285).

Um outro argumento contrário à Súmula 363 do STJ é sustentado na afirmação de que a competência da Justiça Comum é residual, cabendo-lhe processar e julgar as matérias que não são de competência de qualquer das Justiças Especializadas (Militar, Eleitoral, Trabalhista). Assim, o que não for de competência da Justiça do Trabalho será da Justiça Comum, de forma a reconhecer, no sistema brasileiro, a importância de questões complexas a serem julgadas por órgãos especializados (artigo 78, inciso IV, do Código de Processo Penal). E, tendo o art. 114 da CF atribuído ao Juízo Trabalhista as “relações de trabalho”, torna esta Justiça amplamente competente (OLIVEIRA, 2008).



Entretanto, mesmo convincentes tais argumentos, a Súmula 363 do STJ permaneceu constitucional em decisão recente do Tribunal Superior do Trabalho (RR –1110/2007-075-02-00.5). A posição do Ministro Lélío Bentes é firmada no sentido de que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho se justifica como um meio de amparar um público-alvo que estava fora da relação de emprego formal. Assim, vem atrair as formas de prestação de serviço, pretensamente autônomas, e tentar modificar a realidade atual de mais da metade dos trabalhadores prestarem serviços na informalidade, sem vínculo contratual, e sem se valer-se da proteção legal. O trabalhador autônomo que se pretende amparar seria o equiparável ao operário, artífice, o qual a autonomia é meramente nominal TAVARES, 2009).

3 CONCLUSÃO

Há a necessidade de estudos aprofundados quanto às características que delimitam o vínculo empregatício, pois estes são uns dos conceitos que abrem as portas aos direitos e garantias constantes na CLT. Há outras relações que mesmo não sendo empregatícias, já estão amparadas pela CLT, mas são poucas se comparadas com várias outras que ficaram de fora da competência da Justiça do Trabalho.

Muito ainda vai mudar, pois as relações de trabalho seguem as mudanças econômicas, tecnológicas, sociais, educacionais, e até internacionais, ou seja, a globalização aos poucos vai diminuindo as distâncias entre os países, e futuramente podem haver mudanças inesperadas na visão que se tem sobre o que é o trabalho. Não é possível prever como isso irá repercutir no sistema, pois as alterações são lentas e sempre de forma conservadora. Somente são feitas alterações, juridicamente falando, quando a situação já foi amplamente discutida em tribunais e vivenciada por muitos, quando a necessidade pelas mudanças são explícitas.

Poder-se-ia pensar que tais mudanças levariam a um extremo, em que talvez não mais seriam importantes os elementos caracterizadores de uma relação de emprego, mas sim os que limitam uma relação de trabalho, qual seja, de ser no mínimo uma relação entre pessoa física de um lado e pessoa jurídica de outro. Enfim, sempre haverá mais perguntas e poucas respostas, pois o direito, assim como a sociedade, deve ser dinâmico.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, André Luiz Paes de. **Elementos do Direito**. 1 ed. São Paulo: Premier, 2008.
- BRAGA, Éder Ângelo. Acesso social à Justiça do Trabalho. Um estudo sobre a necessidade de reforma da Justiça do Trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1964, 16 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11977>>. Acesso em: 26 ago. 2009.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTR, 2005.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Justiça do Trabalho: nada mais, nada menos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 736, 11 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6989>>. Acesso em: 26 ago. 2009.



FUHRER, Maximilianus Claudio Américo; FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Resumo de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FREITAS, Danilo Eduardo Gonçalves de. Novos rumos do processo do trabalho após a Emenda Constitucional nº 45/2004. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2082, 14 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12446>>. Acesso em: 25 ago. 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2005.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **A nova competência da Justiça do Trabalho**. Anamatra. 21 jan 2005. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/opiniao/artigos/ler_artigos.cfm?cod_conteudo=5212&descricao=artigos>. Acesso em: 25 ago 2009.

MALCHER, Wilson de Souza. Presunção de laboralidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1207, 21 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9066>>. Acesso em: 05 nov. 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários a CLT**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NETO, José Affonso Dallegrave. **As novas modalidades de relação de emprego surgidas na sociedade pós-industrial**. Anamatra. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/publ/periodicos/rev_anamatra/rev_template_int.cfm?cod_mat=439> Acesso em: 02 dez 2009

107

OLIVEIRA, Marco Aurélio Paz De. A inconstitucionalidade da Súmula 363 do STJ. **JurisWay**, 28 out 2008. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=899> Acesso em: 20 nov. 2009.

SILVA, Thiago Mota Fontenele e. Relação de trabalho e relação de emprego. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 567, 25 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6215>>. Acesso em: 19 ago. 2009.

SOARES FILHO, José. A Reforma do Judiciário: um desafio para a Justiça do Trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 736, 11 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6991>>. Acesso em: 26 ago. 2009.

TAVARES, Lourdes. **Não é competência da Justiça do Trabalho cobrar honorários de autônomo**. Tribunal Superior do Trabalho. Editado em 04/06/2009. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=9314&p_cod_area_noticia=ASCS> Acesso em: 19 nov. 2009.



A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DAS EMPRESAS

Jordana de Oliveira Dorta*

RESUMO

O artigo consiste em um estudo sobre a Responsabilidade Civil Ambiental das Empresas, visando penalizar civilmente a pessoa jurídica diante os prejuízos provenientes de suas atividades. Mostra-se então um panorama atual da responsabilização ambiental voltada às empresas, conforme a Legislação Ambiental.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Dano Ambiental. Responsabilidade Civil. Responsabilidade Civil Ambiental das Empresas.

ABSTRACT

The article is a study about the Civil-Environmental Responsibility of the companies. It aims to penalize, in the civil area, the juridical person before the losses that come out from its activities. It also shows an actual panorama of environmental companies responsibility, according to the Environmental legislation.

Keywords: Enviromental Law. Ambient Damage. Civil Liability. Ambient Civil Liability of the Companies.

108

SUMÁRIO

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. 1.1 Noções. 1.2 Da Responsabilidade Prevista no Código Civil de 1916 e o Código Civil. 1.3 A Responsabilidade Objetiva. 1.4 Conseqüências da Responsabilidade Objetiva; 1.4.1 Prescindibilidade de Investigação de Culpa. 1.4.2 Irrelevância da Licitude da Atividade. 1.4.3 Inaplicabilidade de Excludentes e de Cláusula de não Indenizar. 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL VOLTADA ÀS EMPRESAS. 2.1 Passivo Ambiental: Noções. 2.2 Responsabilidade Civil Ambiental Das Empresas. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

1.1 Noções

A palavra responsabilidade deriva etimologicamente da palavra *respondere*, e indica a relação de obrigação entre o dano e o sujeito causador, devendo, assim, assumir as conseqüências jurídicas de sua atividade, ou seja, indica a garantia de restituição ou compensação do bem lesado.

Para o Direito, o instituto *respondere* está ligado ao princípio do *neminem laedere*, - ninguém deve ser lesado, sendo um ideal da mais lúdima justiça. É um viver honestamente, não lesando ninguém, sendo possível, dar a cada um o que é seu.

* Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus Londrina. Aluna do programa de pós-graduação/Especialização em Ministério Público na Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (Londrina). Advogada.



Filho
Observa Demétrius Coelho Souza (2007, p. 228), citando Sérgio Cavaliere

o anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse princípio, o que se preocupa fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*. Impera nesse campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se á vítima à situação anterior à lesão.

Assim, tem-se que a teoria da responsabilidade civil está enraizada no princípio fundamental do *neminem laedere*, estabelecendo a reparação de uma transgressão de um dever legalmente previsto. Portanto a “noção de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, a conseqüências do seu ato (obrigação de reparar)” (SOUZA, 2007, p. 228).

Para José Rubens Morato Leite (2003, p. 113) a responsabilidade “é um fato social, pois aquele que vive em sociedade e pratica um ato ou uma omissão que resulta em prejuízo, deve suportar a conseqüências deste comportamento por imposição legal.”

Ao identificar-se o dano ambiental, este deve necessariamente passar por uma análise. Verificado as suas conseqüências, este dano passa a fazer parte da responsabilidade civil.

Segundo José Ricardo Alvarez Vianna (2004, p. 79), em toda a sociedade, independentemente de suas crenças e costume, haverá indícios de responsabilização daqueles que causarem danos.

109

Não importa, pois, a filiação ou a concepção ideológica. Não tem maior significação tratar-se de “direito escrito”, centrado na elaboração legislativa, ou de “direito não escrito”, elaborado na diuturnidade da construção jurisprudencial, como ocorre nos sistemas Common Law. Não importa se se trata de direito constitutivo da organização capitalista, ou se daqueles casuisticamente, o princípio da responsabilidade civil encontra larga ressonância como fonte obrigacional, respondendo pela reparação o causador de um dano à pessoa ou aos bens de outrem.

Para que seja efetivada a responsabilidade, o bem lesado deve possuir importância relevante para o direito, além de identificar os sujeitos passivos e ativos da obrigação. A responsabilidade civil “é a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposos, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei, ou ainda, decorrente do risco para os direitos de outrem” (SOUZA, 2007, p. 229). Assim, tem-se que a responsabilidade é a garantia da observância de uma obrigação anterior, acarretada por um fato ou ato, pré-existente. Ocorre, após o responsável pela obrigação, não tomar as devidas precauções, provocando assim uma lesão ou risco de lesão a um bem jurídico (PRADO, 2007, p.256-257)¹.

Contudo, a finalidade da responsabilidade é punir o agente causador do dano, fazendo com que ele repare os prejuízos, além de fazer com que novos danos sejam evitados.

¹ Para Luiz Regis Prado “O bem jurídico se evidencia no plano *axiológico*, isto é, representa o peculiar ente social de tutela normativa penal. Vem a ser um ente material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem(...)”.



1.2 Da Responsabilidade Prevista no Código Civil de 1916 e o Código Civil

O Código Civil de 1916 subdividia a responsabilidade em contratual, ou seja, concernente à violação de um dever inerente a um contrato e extracontratual, esta podendo ser analisada conforme disposto no então existente artigo 159. O Código de 1916 trazia a responsabilidade civil² baseada na culpa, ou seja, “a vítima tem que provar não só a existência do nexo entre o dano e a atividade danosa, mas também – em especial – a culpa do agente” (SILVA, 2002, p. 311). Nesse sentido, observa o artigo 159 da referida Lei “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

A prova da culpa pelo dano causado passa a ter difícil constatação, quando não impossível, para aquele que foi lesado, tornando-se incompatível com o desenvolvimento da sociedade, mostrando-se inapta a salvaguardar os direitos dos lesados nos casos de reparação.

Com as diversas situações anteriormente mencionadas, ocorridas ao longo dos séculos XIX e XX, bem como a insatisfação e a dificuldade em se mostrar a culpa do agente causador do dano, levando à improcedência de indenização, foi que surgiu a teoria da responsabilidade objetiva, ou seja, passa-se a exigir um modelo que obste a insuficiência do sistema subjetivista, com o intuito de fornecer respostas certas, adequadas e justas para o lesado.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, houve um desmembramento do artigo supramencionado (artigo 159 CC 1926), sendo que a primeira parte, contida no artigo 186, dispõe apenas sobre o ato ilícito “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (grifo nosso). Para Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 16), o artigo 186 manteve-se ligado a culpa, ou seja, este é o fundamento da responsabilidade subjetiva. Já a segunda parte do referido artigo, a de responsabilização por danos causados, pode ser analisada no *caput* do artigo 927 “Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Não obstante, pode ocorrer também a responsabilidade civil³ decorrente de ato ilícito, conforme, o artigo 927, parágrafo único.

110

Artigo 927. (...) **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**”. Sendo assim, tem-se que o Novo Código Civil fez com que a visão tradicional e a atual passassem a conviver igualmente, isto é, o sistema tradicional da culpa com o risco⁴ proveniente de atividades perigosas. (grifo nosso)

2 José Afonso Silva afirma: “É a que impõe ao infrator a obrigação de ressarcir o prejuízo causado por sua conduta ou atividade.”

3 Edis Milaré preconiza, “Pressupõe prejuízo a terceiro, ensejando pedido de reparação do dano, consistente na recomposição do status quo ante ou numa importância em dinheiro”.

4 Pode ser concreto ou abstrato. Este, relaciona com o perigo da própria atividade desenvolvida, enquanto que àquele refere-se ao perigo produzido pelos efeitos nocivos da atividade perigosa.



Diante este dispositivo, tem-se que as sanções (penal⁵, civil e administrativa) podem ser aplicadas cumulativamente, uma vez que possuem natureza diversa.

Para se ter um bom desenvolvimento ambiental, deve haver uma boa gestão. A responsabilidade ambiental⁶ visa “a imputação de consequências ao infrator da legislação ambiental” (BRASIL, 2009).

Paulo de Bessa Antunes (2005, p. 207) afirma que a primeira idéia que deve ser associada à de responsabilidade é a da compensação pelo dano (LEITE, 2009)⁷ sofrido. A fixação de penas predeterminadas para os crimes implica no reconhecimento de uma determinada equivalência entre um ato nocivo, praticado pelo criminoso, e o castigo que lhe é imposto pela sociedade: a pena.

Quando se fala em responsabilidade civil, deve-se ter em mente o Direito Civil. Esse ramo do direito, atualmente, vem sendo encarado como o prisma da sua função reparatória

quer pela acessibilidade dos seus mecanismos à intervenção individual ou coletiva dos cidadãos (...), quer pela riqueza e plasticidade da sua instrumentação técnico-jurídica que, geralmente, sem necessidade de adaptações formais, se ajusta melhor do que a de qualquer outro ramo do direito às novas exigências práticas da vida e à diversidade dos singulares (...)(GOMES, 1996, p. 3-4).

Em relação à tutela civil, há dois pontos que merecem destaques, sendo eles a tutela preventiva e a tutela reintegradora ou reparatória. Esta destina-se à eliminação ou compensação do dano, enquanto aquela está direcionada à prevenção de lesões iminentes de bens jurídicos.

Deste modo, a responsabilidade civil visa primeiramente a uma prevenção do dano. Não sendo possível prevenir tal lesão, que haja a reintegração ou reparação dos prejuízos causados.

111

1.3.A Responsabilidade Objetiva

A visão clássica de responsabilidade civil era vista como subjetiva, ou seja, exigia a figura do ato ilícito, o qual pode ser conceituado como procedimentos ou atividade em desconformidade com o ordenamento jurídico, violando uma proibição ou mandamento legal.

A responsabilidade subjetiva prevê a conduta voluntária, decorrente de comissão ou omissão na atitude do agente. É a responsabilidade proveniente de dano causado em função de ato doloso ou culposos. Para se caracterizar a culpa, o agente causador do dano deve atuar com negligência ou imprudência. Para a teoria subjetiva, cada um responde pela própria culpa. O ônus da prova, nesse caso, é do autor - ele é quem deverá provar que a culpa é única e exclusivamente do réu.

5 Segundo José Afonso Silva “emana do cometimento de crime ou contravenção, ficando o infrator sujeito à pena de perda da liberdade ou pena pecuniária” e “resulta da infração de normas administrativas, sujeitando-se o infrator a uma sanção de natureza administrativa. Fundamenta-se na capacidade que tem as pessoas jurídicas de Direito Público de impor condutas aos administrados”

6 Para Paulo Affonso Leme Machado, “Refere-se a um conceito de economia que conversa o recurso sem esgotá-lo, orientando-se para uma série de princípios. O dano ambiental das emissões e dos lançamentos de rejeitos não deve superar a absorção da parte do próprio meio ambiente”.

7 José Rubens Morato Leite “Dano ambiental deve ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem”.



Diante de inúmeros casos em que a prova assentada na culpa se revelou difícil, quiçá impossível, houve a introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, da chamada teoria objetiva do dever de indenizar.

A Responsabilidade Civil é vista como objetiva, ou seja, não há nenhuma exigência da culpa para determinar tal responsabilidade. Ela tem como fundamento a socialização do lucro ou dano - aquele que possui lucro e causa dano a outrem tem o dever de responder pelo risco ou a desvantagem. Sintetizando, “quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo” (MACHADO, 2005, p. 334). Está diretamente ligada no risco da atividade exercida pelo agente.

Atendendo às transformações sociais pelas quais tem passado a sociedade, surge a lei 6.453, de 17.10.1977 que dispõe acerca da responsabilidade civil objetiva por danos ambientais. A referida lei, em seu artigo 4, trata da responsabilidade civil por dano nuclear: “Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear”.

A Lei 6.938/81 traz em seu artigo 14, parágrafo 1º, o seguinte texto: “é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, efetuados por sua atividade”.

Diante o conteúdo trazido pela legislação supracitada tem-se que

se a obrigação de indenizar ou reparar o dano causado ao meio ambiente independe da existência de culpa, mostra-se clara a adoção do legislador pátrio pela teoria objetiva do dever de indenizar, onde não há, repita-se, a necessidade de se demonstrar a culpa do poluidor (SOUZA, 2007, p. 322).

112

O Código Civil dispõe em seu artigo 927, parágrafo único, o seguinte:

Artigo 927: Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, é 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.

Os elementos necessários para se aplicar a sanção civil, de acordo com Marcelo Abelha Rodrigues (2002, p. 204) são “a existência de um dano causado por um poluidor, ou seja, o dano e o nexo de causalidade”.

Por “evento danoso”, “entende-se que é o resultado de atividades que, de maneira direta ou indireta, causem a degradação do meio ambiente ou de um dos mais de seus componentes” (MILARÉ, 2007, p. 901). É em suma, a lesão a um bem jurídico, ou seja, tudo o que for de suma importância para a ordem jurídica.

Nesse sentido, observa Demétrius Coelho Souza (2007, p. 234) citando Marga Barth Tessler que “o dano ambiental, ecológico, é toda degradação que atinja o homem na saúde, na segurança, nas atividades sociais e econômicas; que atinja as formas de vida não-humanas, vida animal ou vegetal e o meio ambiente em si, do ponto de vista físico, estético, sanitário e cultural”.

Já o nexo causal refere-se à “relação da causa e efeito entre a atividade e o dano dela advindo” (MILARÉ, p. 902), ou seja, analisa o fato para saber se o dano causado teve relação com a atividade desempenhada pelo responsável, para que, depois de devidamente prova-



da a existência de uma relação de causalidade entre a ação e a omissão culposa do agente com o dano, haja a concreta responsabilização.

O importante para na Responsabilidade Civil objetiva é a existência de um risco. “Se o empregador assumiu o risco de colocar a atividade no mercado, deve assumir todos os ônus daí decorrentes” (RODRIGUES, p. 205), contudo, se existir qualquer tipo de relação entre o dano e a atividade do poluidor, este deve ser o sujeito passível ao pagamento da responsabilidade civil.

De acordo com José Rubens Morato Leite (2003, p. 126) “a responsabilidade objetiva é de fato uma tentativa de resposta da sociedade ou de adequação a certos danos ligados a interesses coletivos e difusos, que não seriam ressarcíveis, tendo em vista a concepção clássica de dano ligados a interesses próprios, certos, etc.”

Em suma, a teoria subjetiva tem, como imprescindível, a demonstração de culpa, enquanto que na teoria objetiva o dever de indenizar, pauta-se na demonstração do fato lesivo, o dano e o nexo causal existente entre os dois.

Diante o exposto, a responsabilidade civil tem seu fundamento no risco e não na culpa, eximindo assim o lesado de responder pelos danos causados pelo agente.

1.4 Consequências da Responsabilidade Objetiva

1.4.1 Prescindibilidade de Investigação de Culpa

O atual ordenamento jurídico tem a obrigação de indenizar danos ambientais baseado no simples acontecimento de um resultado nocivo ao homem e à natureza. Não é imprescindível a existência de análise subjetiva da contribuição da conduta do poluidor para a produção do dano.

Esse fato pode ser observado no dispositivo do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938, de 1981: “**é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados, ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade**”. (grifo nosso)

Nesse sentido, para se responsabilizar um agente, não há a necessidade de se provar a culpa. Esta, não será objeto de análise ao julgador, bastando apenas que a conduta do agente tenha contribuído para o prejuízo.

1.4.2 Irrelevância da Lícitude da Atividade

A responsabilidade civil pelo dano ambiental não é normativamente tipificada, independe de ofensa legal ou regulamentar específico, uma vez que o Poder Público, não possui direito de aprovar com a agressão à saúde e ao bem-estar da população, bem como à natureza.

Nesse efeito, não se discute a legalidade da atividade, pois a “**potencialidades dos danos que possam ser produzidos aos bens ambientais é que serão objeto de consideração**” (MILARÈ, 2007, p. 905). (grifo nosso).

Trata-se da irrelevância da mensuração do subjetivismo, e entende que nesta consequência, não há a necessidade de buscar todos os autores do dano, bastando aplicar a responsabilidade objetiva àqueles que foram identificados.



Tem-se que à responsabilidade civil ambiental, comprovando a lesão ambiental, torna-se indispensável que se estabeleça uma relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano proveniente. Para tanto, não é imprescindível que seja evidenciada a prática de um ato ilícito, basta que se demonstre a existência do dano para o qual exercício de uma atividade perigosa exerceu uma influência causal decisiva. Além disso, mesmo sendo lícita a conduta do agente, tal fator torna-se irrelevante se dessa atividade resultar algum dano ao meio ambiente.

1.4.3 Inaplicabilidade de Excludentes e de Cláusula de não Indenizar

Inicialmente, segundo observa Patrícia Faga Iglecias Lemos (2008, p. 117), excludentes são as circunstâncias em que a responsabilidade civil fica afastada, seja por lei ou por outros fatores, de ordem natural ou voluntária.

Assim, diante esse contexto, pode-se dizer que a responsabilidade de indenizar um dano, não se aplica em casos como o caso fortuito⁸ e força maior (GONÇALVES, 2007, p. 447).

Segundo o Código Civil em seu artigo 393, cuja redação é a de que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”, entende-se que para este diploma legal, não há distinção entre caso fortuito e força maior, podendo ser entendidos como “aquele acontecimento imprevisível e inevitável, que fogem ao controle humano” (BUENO e CONSTANZE, 2009).

Os casos de caso fortuito, para serem hipóteses de exclusão da responsabilidade, não poderão ser provenientes de ato culposo do obrigado, ou seja, a ação deve ser oriunda de vontade estranha e irresistível do agente.

114

Para falar-se em caso fortuito e força maior como excludentes da responsabilidade, deve-se observar alguns requisitos, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 447), tais como: o fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor, e, se há caso fortuito, não se pode falar de culpa, uma vez que um exclui o outro; além desse fator, o fato deve ser superveniente e inevitável, e, por fim, o fato deve ser irresistível, fora do alcance do poder humano, ou seja, ocorre de maneira alheia à vontade do agente.

Em assim sendo, os princípios básicos da excludente são a necessidade de previsão legal da excludente, a necessidade de prova no caso concreto e a elisão, para o imputado, da realização do efeito da responsabilidade. Quanto à cláusula de não indenizar, tem-se que é um acordo de vontade entre as partes, exonerando o dever de reparar o dano.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 498) cláusula de não indenizar, que é permitida apenas em casos de responsabilidade contratual, “é condição do seu funcionamento a caracterização da responsabilidade, ficando afastada apenas a indenização ou a reparação do dano”. Todavia, essa cláusula é uma estipulação bilateral e, não obstante, pode advir de um contrato de adesão⁹. Nesse caso, considera-se imoral, uma vez que seria injusto admitir que alguém, que se encontra em melhor situação, por deliberação exclusivamente própria e sem o parecer da outra parte, impunha cláusulas que o exonere da responsabilidade. Entretanto, no Brasil, tem sido admitida a cláusula de não indenizar.

⁸ Carlos Roberto Gonçalves afirma: “(...) geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra”, e “é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto”.

⁹ Segundo o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 54, contrato de adesão é “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.



Tal cláusula tem como limites o dolo que “abrange a realização do efeito nocivo resultante do fato, isto é, o agente quer a conduta e o resultado” (FILHO, p. 501), bem como a culpa grave, que, por sua vez, “revela negligência extrema e grosseira ausência de vigilância”.

Diante o contexto, ambas querem a realização da conduta, entretanto, no primeiro caso, além da conduta, o agente quer o resultado, enquanto que, no segundo, o objetivo é apenas o fato, e não o seu efeito.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL VOLTADA ÀS EMPRESAS

2.1 Passivo Ambiental: Noções

Inicialmente, tem-se que o passivo ambiental aparece na medida em que o meio ambiente é prejudicado devido a vários fatores provenientes da atividade empresarial. O passivo ambiental pode ser compreendido como “contingências formadas em longo período, sendo despercebido às vezes pela administração da própria empresa, envolvendo conhecimento específico” (SILVA e MATTOS, 2009). Essa referida contingência abrange não só a administração ou a parte financeira da empresa, mas todos aqueles envolvidos em sua criação, ou seja, é um complexo de dívidas e encargos com valor pecuniário, provenientes do descumprimento de deveres impostos por normas do sistema jurídico ambiental e que vinculam um patrimônio ou uma universalidade jurídica.

A responsabilidade pelo passivo ambiental pertence ao próprio poluidor, ficando os seus bens sujeitos à satisfação do dano, bem como ao cumprimento de outros deveres, conforme decisão jurisprudencial

No que se refere a empresas e seus passivos, tem-se que elas podem sofrer incorporação, fusão ou cisão. No entanto, a responsabilidade pelos danos ambientais não se extingue. O passivo ambiental pode ter três tipos de obrigações, sendo elas legal, quando a entidade tem uma obrigação presente legal como consequência de um evento passado, proveniente de um contrato, legislação ou ainda qualquer outro instrumento de lei: a obrigação “implícita” advém de uma prática ocorrida no passado, mas que o empresário, antes mesmo de ser reconhecido o prejuízo causado, já se coloca à disposição de repará-lo, a obrigação “constitutiva”, é aquela em que a empresa, preocupada com sua imagem perante a sociedade, se compromete em reparar o dano não só nos limites da lei, como também caso seja necessário, exedendo-o em suas obrigações e, por fim, a obrigação “justa” reflete a consciência de responsabilidade social, ou seja, a empresa cumpre a obrigação, conforme fatores e valores éticos e morais.

2.2 Responsabilidade Civil Ambiental das Empresas

Empresário não é aquele que somente produz ou faz circular mercadorias, mas também aquele que produz ou faz circular serviços. Já a pessoa jurídica empresária, ou seja, a empresa, é “aquilo que se empreende; empreendimento ou uma organização particular, governamental, ou de economia mista, que produz e/ou oferece bens e serviços, com vista, em geral, à obtenção de lucros”¹⁰.

¹⁰ Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20000/1/A_empresa_e_o_meio_ambiente.pdf>. Acesso em: 19 maio abril.



As empresas, de acordo com suas atividades e características, são potencialmente degradadoras e poluidoras, prejudicando o meio ambiente, comprometendo a qualidade de vida e, em casos extremos, a própria vida humana.

Nesse sentido, cabe ressaltar que **“as empresas, bem como seus gerentes e diretores de meio ambiente tem que estar alerta para quem esta batendo a sua porta e se prontificando a remediar o seu passivo”** (ROCHE, 2009) (grifo nosso).

Diante dos males causados, a população começou a reivindicar a responsabilização daqueles que afetam o ambiente, buscando assim uma sanção, a fim de que fossem tomadas medidas preventivas à destruição ambiental.

O desempenho de qualquer atividade comandada ou exercida pelo homem está fadada ao sucesso ou ao insucesso. Na atividade empresarial, é óbvio, não acontece diferente. **E para que se chegue a qualquer dos resultados (o sucesso ou o insucesso), haverá sempre o risco de ser atingido ou lesionado bem ou interesse de terceiros, inclusive na esfera ambiental. Daí a responsabilização civil das empresas** (COELHO, 2001, p. 49). (grifo nosso)

Toda empresa, desde o momento de sua criação possui uma razão de ser, isto é, uma função social (MAMEDE, 2009, p. 55)¹¹ - prevista na Constituição Federal nos artigos 5, inciso XXIII e artigo 170, inciso III do mesmo diploma legal. Ao considerar o princípio da função social da empresa, busca-se com que a realização da atividade econômica organizada para a produção de riquezas e circulação de bens, além de beneficiar os sócios quotistas ou acionistas, venha a acrescentar fatores positivos a toda sociedade.

116

Com objetivo de resguardar o direito a um ambiente sadio, e punir aqueles que infringissem a lei, a Legislação Ambiental trouxe para a sociedade moderna a responsabilidade objetiva. As empresas passam a ter suas atividades econômicas submetida a vários limites, sendo um deles, o princípio do “desenvolvimento sustentado”, podendo ser observado quando a atuação da empresa está em conformidades com as preocupações da sociedade moderna.

Uma vez não cumpridos os requisitos legais, há que se falar em Responsabilização dos responsáveis pelos danos causados, nesse sentido, sob o foco do Direito brasileiro, há uma divisão de teorias a serem adotadas, sendo elas a do “risco integral” e a “teoria do risco-proveito”. Esta se refere ao fato de que toda pessoa que, no exercício da atividade, pretenda desfrutar de algum benefício, sujeita-se ao dever de reparar os danos que provocar, enquanto àquela, para se verificar a ocorrência, basta a comprovação do dano, bem como do nexo de causalidade.

Nesse contexto, a Lei 6938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, cria a responsabilidade civil independente de culpa em matéria ambiental, tendo como base a teoria do risco integral.

A despeito, dispõe a Lei nº 9.605/98, em seu artigo 3º.

As pessoas jurídicas¹² serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato. (grifo nosso)

11 Gladston Mamede assenta: “Assenta-se primordialmente sobre a consideração do empreendimento, e suas relações com a sociedade, e não pela consideração do empreendedor, que passa a um segundo plano; tem-se, assim, um princípio que deve contrabalancear-se com o princípio do regime jurídico privado (...)”.

12 Têm-se como pessoas jurídicas, a unidade de pessoas naturais ou de patrimônio, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações.



Nesse mesmo sentido, isto é, de responsabilização, vem o artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações**. (grifo nosso).

No que tange à responsabilidade das empresas, há que se falar do princípio do poluidor pagador, ou seja, o dever de arcar com as despesas de prevenção, ou ainda a reparação e repressão dos danos.

A responsabilização no atinente à reparabilidade e ao interesse envolvido, segundo José Rubens Morato Leite (2003, p. 100), pode ser classificada como reparabilidade direta e reparabilidade indireta.

A Responsabilidade Civil das Empresas ocorre de maneira solidária¹³. É a responsabilidade simultânea entre todas as empresas, e não apenas àquela que causou o dano ambiental, não podendo, assim, exigir requisitos de índole subjetiva às pessoas jurídicas, uma vez que a Lei Maior estipulou que a responsabilidade é de todos aqueles que causarem danos ao ambiente, de forma objetiva, ou seja, basta a demonstração da autoria, do dano e do nexo causal. Nessa responsabilização, há a inversão do ônus da prova, na qual o causador do dano deverá provar, em juízo, ter sido sua conduta correta, por ser irresponsável pelos danos que lhe são imputados.

Nos casos em que houver danos causados por força maior, o dever de indenizar não será excluído, uma vez que o princípio *ubi emolumentum ibi ônus* prevê que “aquele que lucra com a atividade, assume o ônus desta mesma atividade, não afasta o dever de indenizar” (CARVALHO, 1999, p. 37). Tampouco, a licitude da atividade sofrerá exclusão da responsabilidade.

A pessoa jurídica sofre a desconsideração da personalidade jurídica. Nesse sentido, a Lei Ambiental nº 6.938/81, em seu artigo 4º, observa que “**poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente**” (SILVA e MATTOS, 2009)¹⁴.

Falar em desconsideração da personalidade jurídica não é mesmo que se falar em extinção da sociedade. Uma vez desconsiderada a personalidade, o que ocorre é a negativa de separação do patrimônio da empresa com o dos sócios. A empresa existindo, porém, os sócios também poderão responder com seus patrimônios particulares.

Essa desconsideração da personalidade jurídica surge da necessidade de evitar que ocorram fraudes, ou seja, de se impor limites aos atos praticados tanto pelos sócios, como pelos administradores das empresas, na medida em que se utiliza da sociedade para fins opostos aos definidos em lei. Nesse sentido, pratica-se abusos visando apenas ao interesse da própria sociedade.

13 “Responsabilidade solidária é definida por lei. Diz que uma pessoa deve responder pelos atos de outra em igual intensidade. Sócios de responsabilidade solidária: a solidariedade passiva, aqui, consiste na possibilidade de se exigir o total da dívida de um, ou de todos os integrantes da sociedade pelas dívidas sociais”. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Responsabilidade_solidária>. Acessado em: 08 jun. 2009.

14 “é a capacidade para ser titular de direitos e obrigações, para entidades que preencherem os requisitos estabelecidos”.



Nesse sentido, tem-se que caso haja empecilhos na reparação dos danos causados ao ambiente, e sendo estes obstáculos provenientes da personalidade da empresa, haverá a desconsideração da pessoa jurídica, fazendo com que através da desconsideração da personalidade, fraudes e fugas, diante às responsabilidades, venham acontecer.

3 CONCLUSÃO

É a Responsabilidade Civil que se apura o quantum exigível ao causador do dano. Em um contexto geral, a responsabilidade exprime a obrigação de responder por alguma coisa, revelando o dever jurídico em que se coloca a pessoa. No entanto, há alguns casos em que se permite a exclusão da responsabilidade, sendo exemplos de excludentes o caso fortuito e força maior.

Tem-se que, além das pessoas físicas, as pessoas jurídicas também podem ser responsabilizadas por danos ambientais, uma vez que, diante a modernidade, as empresas devem estar de acordo com os anseios sociais, perante o ambiente em que vivem. Nesse sentido, devem estar enquadradas na lei, ficando sujeitas às penalidades impostas na Legislação Ambiental.

A pessoa jurídica pode sofrer desconsideração da sua personalidade, na medida em que esta for obstáculo à reparação dos prejuízos causado ao meio ambiente. Em suma, a legislação brasileira, ao disciplinar a responsabilidade civil das empresas por danos ambientais, fundamentou-se na teoria da responsabilidade objetiva, de forma que, provando-se a existência do dano e o nexo de causalidade, ocorrerá a responsabilização do agente, que executa de maneira errônea, e em descompasso com a lei, suas atividades empresariais.

118

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BRASIL, Disponível em: <http://www.ufsm.br/direito/artigos/ambiental/responsabilidade_ambiental.htm>. Acesso em: 28 abr. 2009.

BUENO e COSTANZE. Disponível em: <<http://buenoecostanze.adv.br>>. Acesso em: 5 maio 2009.

CARVALHO, Ivan Lira. A Empresa e o Meio Ambiente. *In: Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.13, jan.-mar. 1999.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito Comercial**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2001.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Manuel Tomé Soares. A Responsabilidade Civil da Tutela do Ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 04, out.-dez. 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 4, São Paulo: Saraiva, 2007.



LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Direito Ambiental: Responsabilidade Civil e Proteção ao meio ambiente.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Empresa e Atuação Empresarial.** 3 ed. v.1, São Paulo: Atlas, 2009.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** v. 1. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROCHE, Roberto. **Logística Ambiental : A responsabilidade Civil Ambiental das empresas.** Disponível em: <<http://www.via6.com/topico.php?tid=137832>> Acesso em: 27 maio 2009.

ODRIGUES, Abelha Marcelo. **Instituições de Direito Ambiental.** v. 1. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA e MATTOS Bruno. Disponível em: <<http://www.brunosilva.adv.br/>>. Acesso em: 24 jun. 2009.

119

SOUZA, Demétrius Coelho. A Responsabilidade Civil Ambiental em face da poluição dos resíduos sólidos e agrotóxicos. *In: Revista de Ciências Jurídicas.* Maringá: n. 1, jan.-jun. 2007.

VIANNA, José Ricardo. **Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente.** Curitiba: Juruá, 2004.

_____. **Conferência Rio 92.** Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/precau.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2009.

_____. **Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Disponível em: <<http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2009.



A IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Juliana Ramos Fernandes

RESUMO

Encontra-se previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, como direito fundamental, a garantia do acesso à justiça. No entanto, em grande parte das demandas resolvidas pelos tribunais, o direito é concedido à parte vencedora de forma tardia, momento em que não traz mais utilidade à parte. Diante deste contexto, a figura da tutela antecipada foi inserida no Ordenamento Jurídico brasileiro, pela reforma de 1994, como ferramenta para sanar o problema da morosidade processual e garantir o devido acesso à justiça. Dentre os requisitos previstos pelo legislador para a concessão da mencionada medida, no parágrafo 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil encontra-se inserido um requisito negativo, dispondo que: “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. No entanto, o referido requisito na prática jurídica aceita ressalvas diante da colisão entre a irreversibilidade da medida e a garantia de um direito fundamental. Cabe assim ao Magistrado sopesar estes direitos com fundamento no princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Tutela Antecipada. Irreversibilidade. Satisfatividade. Direitos Fundamentais. Perdas e Danos.

ABSTRACT

120

One meets in the article 5º, interpolated proposition XXXV of the Federal Constitution, as right basic, the guarantee of the access to justice foreseen. However, to a large extent of the demands decided for our courts the right is granted to the prevailing party of delayed form, moment where it does not bring more utility to the part. Ahead of this context, the figure of the anticipated guardianship was inserted in the Brazilian Legal system, for the 1994 reform, as tool to cure the problem of the procedural slowness and to guarantee the due access to justice. Amongst the requirements foreseen for the legislator for the concession of the measured mentioned one, in the paragraph 2º of article 273 of the Code of Civil action meets a negative requirement inserted, making use that: “the anticipation of the guardianship will not be granted when anticipated provisions will have irreversibility danger it”. However, the requisite related one in practical legal accepted the exceptions ahead of the collision enters the irreversibility of the measure and the guarantee of a basic right. It thus fits to the Magistrate to balance these rights with bedding in the beginning of the proportionality.

Keywords: Anticipated Guardianship. Irreversibilidade. Satisfatividade. Basic Rights. Damageses.

¹ Mestranda do curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, linha de pesquisa Processo Civil.



SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 IRREVERSIBILIDADE FÁTICA OU JURÍDICA. 3 IRREVERSIBILIDADE, PROVISORIEDADE E SATISFATIVIDADE. 4 EXCEÇÕES À REVERSIBILIDADE DA MEDIDA. 4.1 Possibilidades de Reparação. 5 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Na medida em que o sistema processual brasileiro tornou-se decadente, não mais respondendo aos anseios da sociedade, devido a sua morosidade e até mesmo ao difícil acesso das classes baixas, fez-se imprescindível uma reforma para que o processo se adequasse à realidade de maneira a responder a uma sociedade dinâmica, ávida por respostas imediatas e eficazes.

Em conformidade com o objetivo de garantir o acesso à justiça, a reforma do Código de Processo Civil de 1994 teve por finalidade dar eficácia ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e garantir o acesso à justiça. Neste mesmo contexto, a nova redação do artigo 273 do Código de Processo Civil, promovida pela Lei 8.952/94, inseriu no âmbito processual a figura da tutela antecipada com o fim de garantir efetividade ao processo. Em regra, a parte via seu direito acolhido processualmente de forma tardia e, muitas vezes, já não correspondia ao resultado esperado, ensejando gravíssimas ofensas a direitos fundamentais.

A figura da tutela antecipada foi inserida no ordenamento jurídico para garantir à parte, ainda que de forma provisória, a antecipação de seu direito, quando presentes seus requisitos, evitando desta forma o perecimento do direito concedido de forma tardia.

Conforme Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 20/21):

A tutela antecipada, quando presente seus requisitos, visa principalmente antecipar o direito da parte, mesmo que de forma provisória, com a finalidade de tornar o processo eficaz. A reforma do Código de Processo Civil de 1994, liderada pelos ilustres Professores Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, foi sensível a problemática da inefetividade do antigo procedimento ordinário. A tutela antecipada constitui o grande sinal de esperança em meio à crise que afeta a Justiça Civil. Trata-se de instrumento que, se corretamente usado, certamente contribuirá para a restauração da igualdade no procedimento.

Para que se torne possível a concessão da tutela antecipada, o artigo 273 do Código de Processo Civil elencou, como imprescindível, a presença da prova inequívoca que convença o Magistrado da verossimilhança da alegação da parte. Além da prova inequívoca que possa convencer o Magistrado da verossimilhança da alegação, deve a parte enquadrar-se em uma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 273 do Código de Processo Civil, ou seja, existência de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação de abuso, de direito de defesa ou propósito protelatório do réu, e quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

Como requisito negativo para a concessão da tutela antecipada, o legislador, no §2º do artigo 273 do CPC, mencionou que: “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Com a inserção do mencionado dispositivo, teve o legislador a finalidade de preservar a segurança jurídica e princípios como o do



contraditório e da ampla defesa.

Segundo Teori Albino Zavascki (2000, p. 97).

O dispositivo observa estritamente o princípio da salvaguarda do núcleo essencial: antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo.

2 IRREVERSIBILIDADE FÁTICA OU JURÍDICA

O legislador refere-se no mencionado parágrafo 2º à irreversibilidade do “provimento antecipado”, no entanto, acredita-se que esse termo foi utilizado de maneira equivocada, pois o que se antecipa não é o provimento, ou seja, a decisão final, mas sim os efeitos fáticos desta.

Com a finalidade de esclarecer esta questão, traz-se a lição de Cássio Scarpinella Bueno (2009, p. 21):

A irreversibilidade de que trata o dispositivo em comento diz respeito aos efeitos práticos que decorrem da decisão que antecipa a tutela, que lhe são conseqüentes, que são externos ao processo. Trata-se, propriamente, de irreversibilidade daquilo que a “tutela jurisdicional” tem de mais sensível e importante: seus efeitos práticos e concretos.

122

José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 341) menciona também que:

(...) a irreversibilidade, como óbice à concessão da medida antecipatória, refere-se, portanto, aos efeitos, não ao próprio provimento, que sequer é objeto de antecipação. E, mesmo que fosse, jamais haveria irreversibilidade do ato judicial, sempre revogável, ou seja, reversível.

A irreversibilidade trata-se da impossibilidade de reconstituição da situação, ou seja, de se retornar ao estado fático anterior à efetivação da tutela de urgência.

O doutrinador Luiz Guilherme Marinoni (2008) apresenta um posicionamento diverso sobre o assunto, pois afirma que irreversibilidade dos efeitos da tutela não significa a irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento. Ainda conforme o autor, a interpretação que se dá em relação à irreversibilidade dos efeitos da tutela seria no sentido de não poder prejudicar a cognição exauriente do mérito, não prejudicar a decisão da causa. Quando se afirma ser a tutela antecipada provisória, não seria esta provisória em relação a seus efeitos e sim no sentido de ser incapaz de dar solução definitiva ao mérito. Assim, é perfeitamente possível que uma tutela provisória produza efeitos fáticos irreversíveis.

Conforme o já citado doutrinador Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 194):

O que o art. 273 do Código de Processo Civil veda, quando fala que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de “irreversibilidade do provimento antecipado”- que nada tem a ver, repita-se, com a irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento – são determinadas declarações e constituições provisórias. A lição de Ovídio Baptista da Silva,



anterior à reforma do Código, deixa claro o que estamos dizendo: “O juiz não poderá, por certo, decretar ‘provisoriamente’ o divórcio do casal, na hipótese dos arts. 35 e 36 da Lei 6.515, de 26.12.77, enquanto o pedido de conversão se processa. Se o fizer, no entanto, vindo a demanda de divórcio a ser improcedente, qual a situação do filho porventura havido pelo cônjuge ‘provisoriamente’ divorciado, com outrem, no período de vigência da liminar? Devemos tê-los como filho natural, ou adulterino? No domínio da jurisdição da jurisdição cautelar, é apropriado, por exemplo, ordenar-se (eficácia mandamental) que os cônjuges que tenham decretada sua separação de corpos, afastem-se um do outro, interrompendo o convívio matrimonial, mas é impossível ordenar que o casamento se desfaça temporariamente.

Quando o art. 273 afirma que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento, ele está proibindo, por exemplo, a antecipação da constituição de uma relação de filiação ou a antecipação da desconstituição de um casamento.

A irreversibilidade dos efeitos da tutela não é a impossibilidade de repristinação à situação anterior à efetivação da tutela de urgência em relação a seus efeitos fáticos e sim em relação à possibilidade de dar solução definitiva ao mérito. Ainda segundo Marinoni (2008, p. 194):

A provisoriedade da tutela antecipatória dever ser entendida como a sua incapacidade de definir a controvérsia, por sua absoluta falta de idoneidade para a declaração ou, em outros termos, para a produção de coisa julgada material. Mas, a satisfatividade da tutela antecipatória, e mesmo a eventual irreversibilidade dos seus efeitos fáticos, não é contraditória com a sua estrutura. Em outras palavras, nada impede que uma tutela que produza efeitos fáticos irreversíveis seja, do ponto de vista estrutural, provisória, vale dizer, incapaz de dar solução definitiva ao mérito.

Em que pese o respeitável posicionamento do doutrinador há que se posicionar no sentido de ser a irreversibilidade, mencionada no artigo 273, parágrafo 2º, fática. Assim, o que se antecipa com a concessão da tutela antecipada são os efeitos fáticos e não o provimento em si, e, em conformidade com o § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, os efeitos fáticos é que não podem ser irreversíveis.

123

3 IRREVERSIBILIDADE, PROVISORIEDADE E SATISFATIVIDADE

Com a intenção de se definir a figura da tutela antecipada, torna-se necessário adentrar nos conceitos de satisfação, provisoriedade e reversibilidade. Em regra a tutela antecipada, fundada em cognição sumária, é satisfativa, provisória e reversível.

A reversibilidade da tutela antecipada, conforme já exposto, é a possibilidade de retornar a situação fática anterior ao seu deferimento, no entanto, em nada interfere na satisfatividade da medida e na provisoriedade.

Para trazer o conceito de provisoriedade, cabe fazer a distinção entre provisório e temporário realizada por Calamandrei, citada na obra de Ovídio Baptista Silva (2000, p. 65):

Temporário é simplesmente aquilo que não dura para sempre, sem que se pressuponha a ocorrência de outro evento subsequente que o substitua, enquanto o provisório, sendo como o primeiro também alguma coisa destinada a não durar para sempre, ao contrário daquele, está destinado a durar até que sobrevenha um evento sucessivo que o torne desnecessário, existindo, portanto, entre a provisoriedade típica dos provimentos cautelares e



a providência definitiva subsequente uma relação peculiar, capaz de tornar desnecessário o provimento cautelar quando o provimento definitivo sobrevinha, fazendo com que seus efeitos desapareçam.

Assim, a tutela antecipada é provisória no sentido de que irá futuramente ser substituída pelo provimento definitivo. Já em relação à satisfação da medida, refere-se ao fato de a tutela antecipada satisfazer o direito da parte, ainda que de forma provisória e reversível.

Segundo Ovídio Baptista Silva (2000, p. 38-39):

Satisfação de um direito toma este conceito como equivalente à sua realização concreta e objetiva. Satisfazer um direito, para nós, e realizá-lo concretamente no plano das relações humanas.” E ainda segundo o mesmo Autor “nossa compreensão do que seja a satisfação de um direito corresponde rigorosamente ao entendimento do senso comum, para o qual satisfazer um direito é realizá-lo no plano social.

Para Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 194):

Não há contradição entre provisoriedade e satisfatividade, entendida esta como a realização antecipada do direito afirmado pelo autor. A tutela é provisória apenas e tão somente porque o juiz, ao concedê-la, não afirma que o direito existe.

A provisoriedade da tutela antecipatória deve ser entendida como a sua incapacidade de definir a controvérsia, por sua absoluta falta de idoneidade para a declaração ou, em outros termos, para a produção de coisa julgada material. Mas, a satisfatividade da tutela antecipatória, e mesmo a eventual irreversibilidade dos seus efeitos fáticos, não é contraditória com a sua estrutura. Em outras palavras, nada impede que uma tutela que produza efeitos fáticos irreversíveis seja, do ponto de vista estrutural, provisória, vale dizer, incapaz de dar solução definitiva ao mérito.

124

Não há que se confundir reversibilidade com satisfatividade e provisoriedade, mesmo que excepcionalmente a tutela antecipada torne-se irreversível. Esta não deixa de ser provisória e satisfativa, pois a irreversibilidade, conforme já exposto, refere-se aos efeitos fáticos do provimento final, mantendo-se, portanto, provisório em relação à decisão definitiva. Já em relação à satisfatividade, também esta se refere às consequências externas ao processo, portanto, mesmo que seus efeitos sejam irreversíveis, influência nenhuma terá na questão da satisfatividade, a qual continuará presente.

Segundo Teori Albino Zavascki (2000, p. 97):

Não se pode confundir irreversibilidade com satisfatividade. Todas as medidas antecipatórias são, por natureza, satisfativas, isto é, permitem a fruição, ao menos em parte, do bem da vida reclamado pelo autor da demanda. A satisfatividade, todavia, pode ter por consequência reversível ou irreversível no plano dos fatos. Será reversível quando permitir a recomposição integral da situação fática anterior ao seu deferimento e irreversível na situação inversa. Insista-se no ponto: a reversibilidade diz com os fatos decorrentes do cumprimento da decisão, e não com a decisão em si mesma. Esta, a decisão é sempre reversível, ainda que sejam irreversíveis as consequências fáticas decorrentes de seu cumprimento.



4 EXCEÇÕES À REVERSIBILIDADE DA MEDIDA

O requisito previsto no artigo 273, § 2º do Código de Processo Civil, não é visto pela doutrina em caráter absoluto, admitindo ressalvas diante de determinadas situações. No momento em que a irreversibilidade da medida compromete direitos fundamentais previstos no ordenamento brasileiro, em que diante da irreversibilidade da medida se encontra um direito maior da parte, deve o Magistrado, realizando uma ponderação de interesses, conceder a tutela antecipada mesmo que esta seja irreversível.

De acordo com Teori Albino Zavascki (2000, p. 97):

A vedação inscrita no citado § 2º deve ser relativizada, sob pena de comprometer quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela. Com efeito, em determinadas circunstâncias, a reversibilidade corre algum risco, notadamente quanto à reposição in natura da situação fática anterior. Mesmo nestas hipóteses, é viável o deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos decorrentes da sua não fruição imediata. Privilegia-se em tela situação o direito provável em relação ao improvável. Entretanto, impõe-se ao juiz, nessas circunstâncias, prover meio adequados à reversibilidade da situação, como por exemplo, exigindo caução, pelo menos para garantir a reparação de eventuais indenizações.

Luiz Fernando Bellinetti (1997, p. 252), em artigo sobre a Irreversibilidade do Provimento Antecipado, traz importantes exemplos de exceções à reversibilidade da tutela antecipada, após mencionar a hipótese de pedidos de tutela antecipada de demolição de um prédio que ameaça desabar, ou de autorização para realizar uma transfusão de sangue que pode salvar a vida de uma criança, contra a vontade dos pais, cuja religião não permite tal tratamento, afirmando que:

125

Interpretando-se literalmente o artigo, a tutela antecipatória seria vedada nestes casos. Ocorre que, ao indeferir a antecipação, o juiz corre o risco de ver o prédio desabar ferindo pessoas e destruindo imóveis vizinhos, ou ainda de ver a criança falecer por falta de adequado atendimento médico. Ambas as situações, igualmente, irreversíveis. Parece-nos, pois, à vista destas considerações, que a norma constante do § 2º, do artigo 273 do Código de Processo Civil deve ser interpretada no sentido de determinar que, ao conhecer do pedido de antecipação de tutela, deve o juiz verificar qual o interesse que merece ser protegido, dentre os que estão em jogo no processo. Cabe ao juiz proteger o interesse preponderante, aplicando o princípio da proporcionalidade, ainda que isto implique conceder a antecipação da tutela em situações em que esta produza efeitos irreversíveis.

Outro exemplo é o pedido de liberação de mercadorias perecíveis na Justiça Federal, retidas na alfândega para exame sanitário que, por alguma razão, não é realizado. Nesses casos, a concessão liminar da tutela pedida compromete irremediavelmente o direito à segurança jurídica a que faz jus o demandado (liberada e comercializada a mercadoria, já não há que se falar em seu exame fitossanitário); seu indeferimento torna letra morta o direito à efetividade do processo, porque, deteriorando-se o produto, inútil será sua posterior liberação. Em casos como este um dos direitos fundamentais será sacrificado. Cabe ao magistrado verificar caso a caso em que se requer a tutela antecipada a preponderância de valores.

Cássio Scarpinella Bueno (2009, p. 25) discorre sobre essa possibilidade do magistrado utilizar-se do princípio da proporcionalidade:



Pelo princípio, é dado ao magistrado ponderar as situações de cada um dos litigantes para verificar qual, diante de determinados pressupostos, deve proteger (antecipadamente, como interesse para cá), mesmo que isso signifique colocar em situação de irreversibilidade a outra. É por intermédio desse princípio que o magistrado consegue medir os valores diversos dos bens jurídicos postos em conflito e decidir, concretamente, qual deve proteger em detrimento do outro. Se o caso é mesmo de preponderância do princípio da efetividade do processo, porque a tutela antecipada é adequada e necessária para tutela um direito mais evidente que o outro, que assim seja. O sistema autoriza o magistrado à antecipação dos efeitos da tutela práticos da decisão que a determina, nesses casos específicos, qualquer óbice.

No entanto, as possibilidades em que se permite a satisfatividade irreversível da tutela antecipada devem ser excepcionais, aceitas somente em casos extremos, como, por exemplo: nos casos envolvendo planos de saúde, em que as empresas se negam a cobrir as despesas hospitalares em razão do tipo de doença; ou do suposto credor que necessita do dinheiro para realizar operação urgente, que não pode aguardar o final do processo; no caso de autorização para que o filho viaje com um dos cônjuges, contra a vontade do outro; no caso de intervenção cirúrgica que o pai pretende seja realizada no filho, mas encontra oposição da mulher, que prefere submetê-lo a tratamento curandeiro. Tais situações, no entanto, não tornam desnecessário o provimento final, pois é imprescindível que os efeitos antecipados adquiram a necessária legitimação jurídica.

4.1 Possibilidade de Reparação de Danos

126

Em alguns casos excepcionais, como os exemplos elencados acima, quando o Magistrado antecipa os efeitos da tutela final, mesmo que estes sejam irreversíveis, se ao final a mencionada tutela for revogada, há a possibilidade de reparação de danos ao réu, quando estes existirem. Também a caução constitui alternativa interessante para assegurar o ressarcimento daquele que vier a sofrer os efeitos da antecipação, se indeferida a tutela final.

No entanto, essa reparação não é regra no ordenamento jurídico, somente cabe sua adoção em situações excepcionais, ou seja, quando ficar evidenciado que, sem a antecipação, o direito provável sofre sério risco de perecer. Mesmo porque, se as perdas e danos constituíssem alternativa normal, raramente haveria situação irreversível, pois, todo prejuízo causado pela antecipação seria, em tese, passível de ressarcimento.

5 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme exposto acima, em casos excepcionais, o Magistrado, utilizando-se de uma ponderação de interesses, pode relativizar o § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil. No instante em que o Magistrado se depara com a colisão de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, este deve fazer uso do princípio da proporcionalidade para decidir sobre antecipar ou não a tutela pretendida.

Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 205) menciona que:



Há casos, porém, em que existem dois direitos fundamentais em colisão, e assim apenas as peculiaridades do caso concreto podem determinar qual deles deve prevalecer. Embora a solução da colisão entre direitos fundamentais deva necessariamente se dar na sentença, quando da tutela final, é evidente que a necessidade de antecipação da tutela obriga o juiz a ponderar entre os direitos com os olhos nas circunstâncias presentes no curso do processo e, assim através de um juízo de cognição sumária. Isto quer dizer que, diante de dois direitos fundamentais em colisão, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado na sentença e na decisão que trata da tutela antecipatória.

Cabe ao juiz realizar uma ponderação no caso concreto, pois não existem valores taxativos para os princípios fundamentais. Ainda assevera o autor:

Os direitos fundamentais contêm uma espécie de reserva geral de compatibilização com outros direitos fundamentais, e que essa compatibilização somente pode ser feita pelo juiz mediante a análise dos pesos dos bens conflitantes conforme as circunstâncias do caso concreto. Ou melhor, a regra da proporcionalidade constitui um método para a solução de conflitos entre direitos que contêm uma limitação imanente diante de direitos de igual porte e, dessa forma, também pode auxiliar na solução de conflitos de bens diante da tutela antecipatória. Quando o juiz, mediante a aplicação de tal regra, decide antecipar a tutela, admite-se o risco de irreversibilidade, até porque a proibição da concessão da tutela obrigaria o juiz a expor a risco de irreversibilidade exatamente o direito que, à luz da ponderação, merece tutela (MARINONE, 2008, p. 205).

Assim, o Magistrado, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, pode mitigar o requisito da reversibilidade da tutela antecipada em casos excepcionais, quando se encontrarem em conflito direitos fundamentais.

127

6 CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que a tutela antecipada, pela sua importância no ordenamento e por tudo o que representou, não poderia ter sido limitada por uma regra de irreversibilidade de forma absoluta. Diante da evolução do ordenamento jurídico, com o intuito de garantir o efetivo acesso à justiça, não há porque deixar de garantir à parte seu direito antecipadamente com fundamento em sua irreversibilidade.

Existem direitos que, devido à sua importância e situação concreta, não podem aguardar o tempo do processo, sob pena de perecerem, assim, mesmo que estes sejam irreversíveis, cabe ao Magistrado, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, sopesar os interesses em jogo e decidir qual o direito que deve prevalecer. No entanto, a mitigação da reversibilidade da tutela antecipada deve ser vista como excepcional, pois a regra da reversibilidade tem por intuito garantir a segurança jurídica e o direito de defesa do réu. O Juiz deve ter como instrumento de medida o princípio da proporcionalidade, realizando uma ponderação de direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme a importância que lhe é conferida na situação concreta.

Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 201) menciona que a tutela antecipatória se funda no princípio da probabilidade. “Não só a lógica, mas também o direito à adequada tutela jurisdicional, podem exigir a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável”. Por outro lado, o



direito com probabilidade de ser reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado.

Diante das inúmeras situações conflitantes trazidas em juízo, torna-se impossível ao legislador elencar taxativamente previsões para todas elas. Surge aí a importância do poder conferido ao juiz dentro do ordenamento jurídico, cabendo a este atualizar-se de acordo com seu tempo, sem receios e demasiadas ponderações.

Segundo Marinoni (2008, p. 202), “O juiz sem poder é um juiz sem responsabilidade social ou, pelo menos, com responsabilidade social limitada. O novo juiz, portanto, pode tomar consciência da sua maior responsabilidade perante a sociedade porque, a partir de agora, tem mais poder”.

Atualmente vive-se em uma sociedade dinâmica e, cabe ao direito e a seus operadores acompanharem os anseios da sociedade dando-lhe respostas eficazes. Diante da impossibilidade do Ordenamento Jurídico brasileiro acompanhar eficazmente as mudanças sociais diárias, não pode o aplicador do direito limitar-se ao texto da lei, mas moldar-se de forma a garantir o efetivo acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Irreversibilidade do provimento antecipado. Tutela Jurisdicional Satisfativa. *In*: “**Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

128

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTAGNA, Ricardo Alessandro. **Tutela de urgência: análise teórica e dogmática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas Cautelar e Antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)** v. 3. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Processo Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.



O DESVIRTUAMENTO DO BEM JURÍDICO-PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA

*Luciana Midori Hirata,
Douglas Bonaldi Maranhão***

RESUMO

À medida que a veiculação de informações se torna cada vez mais veloz e novos interesses começam a surgir, a sociedade clama por meios que lhe possam conferir proteção em face de ações a ela prejudiciais. É sob essa ótica que o Direito Penal tem sido utilizado, para conferir resposta imediata e extremada em grande parte das circunstâncias, sem que necessariamente haja ferimento ou oferecimento de perigo de lesão a qualquer bem ou direito pertencente ao homem. Através do presente artigo, analisam-se alguns dispositivos de determinadas normas penais existentes no ordenamento jurídico, originadas sob o pretexto de tutelarem bens jurídicos que, se analisados de forma mais aprofundada, não necessariamente precisam da intervenção penal.

Palavras-chave: Bem Jurídico-Penal. Constituição Federal. Direito Penal.

ABSTRACT

As the transmission of information is becoming faster and in so far as new interests are emerging, the society calls for resources that may confer protection in the face of actions harmful to her. It is in this light that the criminal law has been used to provide immediate and extreme in most circumstances, without necessarily offering injury or danger of injury to any property or right belonging to the man. This article, examines some devices of certain criminal laws exist in the legal system originated under the pretext of safeguarding the legal interests which are discussed in more detail not necessarily need the intervention of criminal law.

129

Keywords: Criminal Law Objectct. Federal Constitution. Criminal Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL E PRINCIPAIS PRINCÍPIOS REGENTES. 3 EXEMPLOS DE NORMAS PENAIS PROTETORAS DE BENS QUE NÃO REQUEREM TUTELA PENAL. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Ao Direito Penal reputa-se a característica de ser a última alternativa para a concretização do controle social, devendo ser utilizado somente quando outros ramos do Direito forem insuficientes ou inaplicáveis, fundando-se em premissas legais e alicerçando-se no respeito aos preceitos fundamentais, principalmente o princípio da dignidade humana, porque se caracteriza como o meio mais intenso de fiscalização e domínio, visto que, em regra, prescreve limitações ao exercício da liberdade, direito tão caro ao homem e ao coletivo.

* Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL, diplomada com a Lâurea Acadêmica. Advogada.
** Trabalho em co-autoria com Prof. Douglas Bonaldi Maranhão, Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela UEL. Especialista em Direito pela UEL. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos, área de concentração Direito Penal pela UEM. Professor de Direito Penal e Criminologia da UNIFIL e de Direito Penal da PUC/PR. Advogado.



Um de seus elementos constitutivos mais importantes é o fato de deter um cunho fragmentário, conexo ao princípio da subsidiariedade, que corresponde a um critério subjetivo para identificação dos bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal.

Subjetivo porque mesmo que não seja de competência do Direito Penal resguardar indistintamente todos os bens jurídicos, nem estabelecer penalidades a todas as situações que venham a violá-los, aqueles são identificados com base em certas circunstâncias imprescindíveis segundo um juízo de merecimento de penalidade. É esse juízo de merecimento de penalidade – subjetivo – é o que dificulta a identificação dos bens jurídicos que verdadeiramente necessitam de tutela penal.

A problemática gira em torno da complexidade de se identificar os critérios que devem ser considerados para selecionar os bens jurídicos que requerem tutela penal, sem maximizar o Direito Penal, utilizando-o somente quando for estritamente necessário.

Assim, após traçadas essas diretivas propedêuticas, tais critérios serão abordados no decorrer deste trabalho, através de uma análise crítica dos seguintes tipos penais: artigo 15, da Lei 7.802/1989; artigos 68 e 69, da Lei 8.078/1990; artigo 305 da Lei 9.503/1997; e, por fim, parágrafo único, do artigo 1º, da Lei 8.137/1990.

2 CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL E PRINCIPAIS PRINCÍPIOS REGENTES

130

Prado (2003, p. 52-53) entende que o bem jurídico-penal é representado por algo corpóreo ou incorpóreo extraído da sociedade, pertencente a uma pessoa individualmente considerada ou a uma coletividade (transindividualidade), estimado indispensável para a convivência ou o progresso do homem que vive socialmente e que, em razão da valoração que lhe é atribuída, a ele é reservada a tutela pelo Direito Penal.

Os parâmetros para a definição desses bens se encontram na Carta Magna, e assim, a idéia de bem jurídico-penal correlaciona-se com o reconhecimento daquilo que dá causa a uma relação jurídica consistente merecedora de proteção do Direito Penal, ou seja, que pode reivindicar a tutela mais rigorosa existente no ordenamento jurídico. Essa relação jurídica consistente, por sua vez, está intimamente ligada à importância do bem e à relevância do valor atribuído a ele, demonstrando que é resguardado pela esfera penal em razão do específico poder lesivo a que está sujeito (LOPES, 2000, p. 287-289).

Como instrumentos auxiliares da definição dos bens jurídicos que requerem tutela penal, encontram-se os princípios constitucionais, que exercem função esclarecedora e limitativa. Dentre os princípios constitucionais mais relevantes para a matéria aqui tratada, é possível destacar:

a) Princípio da Legalidade: constitui um princípio penal explícito na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXIX, e também contido no texto do Código Penal, em seu artigo 1º, os quais determinam que um crime só pode ser definido por uma norma, devidamente originada do Poder Legislativo e de acordo com os preceitos contidos na Carta Magna (NUCCI, 2008, p. 70. BITENCOURT, 2009, p. 11). Esse princípio além de assegurar a liberdade, resguarda a dignidade humana, protegendo tais preceitos de serem transgredidos discricionariamente pelo mesmo poder de punir do Estado, razão pela qual é elevado à categoria de “garantia fundamental” (BRANDÃO, 2002, p. 68-69). Além disso, possui quatro missões primordiais: a) vedar a retroatividade da norma penal no tocante ao crime e a pena se as disposições vierem a prejudicar



o acusado – *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Praevia*; b) vedar a elaboração ou agravamento de tipos penais e de penas através do costume – *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Scripta*; c) vedar a elaboração de crimes, embasamento ou majoração de penas por meio da analogia – *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Stricta*; d) vedar a elaboração de crimes incertos e imprecisos – *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Certa* (BATISTA, 2005, p. 68/77. BRANDÃO, 2002, p. 72 *et seq.*. BUSATO; HUAPAYA, 2003, p. 157).

b) Princípio da Intervenção Mínima: está previsto implicitamente tanto na Constituição Federal como no Código Penal (BATISTA, 2005, p. 85) e sucintamente determina que o ramo penal não tem por obrigação intervir excessivamente na vida do homem, restringindo-lhe a autodeterminação e o direito de ir e vir (NUCCI, 2008, p. 72). Só deve ser exercido quando para proteger bens jurídicos indispensáveis à convivência humana tranquila, que não puderem ser tutelados de maneira diversa (PRADO, 2003, p. 68), ou seja, só deve agir “na última fase do controle social” (BUSATO; HUAPAYA, 2003, p. 181). Tem por finalidade, impedir ou evitar a arbitrariedade do responsável por elaborar as normas penais incriminadoras, de modo a não permitir que se institua crimes irrelevantes e penas que afrontem, sobretudo, a dignidade humana (LUISI, 2003, p. 38-39).

b.1) Subprincípio da Fragmentariedade: derivado do princípio da intervenção mínima, a fragmentariedade estabelece que não é de competência do Direito Penal proteger, sem restrições, todos os bens considerados relevantes para o ordenamento jurídico (NUCCI, 2008, p. 74). A intervenção penal só se justifica diante de determinados tipos de ofensas repulsivas sob o aspecto social, o que equivale dizer que somente os atos mais opressivos realizados em face dos bens mais essenciais é que podem ser objeto de criminalização (PRADO, 2003, p. 69).

b.2) Subprincípio da Subsidiariedade: igualmente derivado do princípio da intervenção mínima, a subsidiariedade determina o uso do Direito Penal somente quando outros ramos do Direito forem insuficientes para a proteção dos bens jurídicos violados (LUISI, 2003, p. 40), ou seja, quando se fez uso de outras esferas jurídicas, mas estas não bastaram para tutelar um bem jurídico (BATISTA, 2005, p. 87. LOPES, 2000, p. 326).

c) Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos: decorre da ideia de que a finalidade originária e consequência lógica do Direito Penal, consiste em proteger bens jurídicos, considerados como aqueles imprescindíveis para o homem e para a sociedade, seja em razão da ordem valorativa constitucionalmente estabelecida, seja em razão do sentido atribuído ao Estado Democrático de Direito. Tal princípio possui atuação quando da produção da norma para a elaboração do tipo penal (fase legislativa) e quando da aplicação dessa norma (fase judicial), o que implica na conclusão de que “tanto a figura delitiva quanto a conduta concreta do agente envolvam uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido” (PRADO, 2008, p. 136).

d) Princípio da Lesividade ou Ofensividade: segundo tal princípio, para que haja a legitimação da proteção penal é necessário que a conduta de alguém capaz de causar lesão aos interesses juridicamente considerados de outra pessoa, seja exteriorizada, não cabendo intervenção penal caso a conduta em questão ainda esteja apenas no plano do pensamento ou se disser respeito apenas ao indivíduo que praticou a conduta para si mesmo (ROXIN *apud*. BATISTA, 2005, p. 91). Corolário do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, o preceito em questão determina então que para haver a intervenção estatal através do Direito Penal para a aplicação de uma pena, ou melhor, para que determinada conduta possa ser considerada um delito e conseqüentemente lhe seja aplicada uma pena, é necessário que viole/ofenda ou ameace lesar/ofender um bem jurídico específico (PRADO, 2008, p. 136). O preceito em questão possui quatro



missões: I) de vedar que uma conduta que ainda esteja apenas no plano do pensamento (atitude interna) seja considerada crime; II) de vedar que a conduta praticada e que diga respeito apenas àquele que a realizou (conduta que não exceda o âmbito do próprio autor), seja considerada crime; III) de vedar que condições ou circunstâncias da pessoa sejam consideradas crime; IV) de vedar que ações consideradas moralmente erradas sejam consideradas crime, se não violarem bens jurídicos de terceiros (BATISTA, 2005, p. 92/94).

Estabelecido um conceito de bem jurídico-penal e esclarecidos os princípios mais relevantes que regem a seleção e identificação destes, no próximo tópico, apresentam-se alguns exemplos de normas penais, existentes no ordenamento jurídico pátrio, originados sob o propósito de estarem protegendo bens de relevância suficiente para serem elevados à categoria de bens jurídico-penais.

3 EXEMPLOS DE NORMAS PROTETORAS DE BENS QUE NÃO REQUEREM TUTELA PENAL

A lei penal embasada na Constituição Federal possui como atribuição tutelar bens jurídicos fundamentais, que se originam de valores essenciais nela constantes; os ditos bens jurídicos fundamentais são entendidos como aqueles sem os quais não é possível uma existência coletiva. Tais bens jurídicos são protegidos pelo Direito Penal caso não possam ser tutelados por outras esferas do Direito, diante da ocorrência de lesão ou da propensão de serem lesionados de maneira extremamente violenta, estabelecendo uma sanção penal como consequência da sua transgressão.

132

A doutrina então é pacífica ao reconhecer que uma das funções primordiais do Direito Penal é a tutela de bens jurídico-penais, assim entendidos como aqueles qualificados em razão da imprescindibilidade que possuem para o cidadão e para a coletividade; e estes possuem, como alicerce, princípios jurídicos fundamentais. Desse modo, ao legislador infraconstitucional, quando da eleição das situações que requerem tutela penal, deve considerar tais princípios para identificar os bens jurídico-penais e legitimar de forma coerente a intervenção estatal (PRADO, 2003, p. 65-66).

As progressivas transformações do significado e das ideias acerca do bem jurídico-penal possuem simetria com a expansão gradual dos estudos penais e, mais especificamente, no que tange à matéria relativa ao ilícito penal (LOPES, 2000, p. 290). Cabível então a análise de alguns delitos previstos no ordenamento jurídico pátrio, com o precípuo fim de verificar a necessidade ou não da tutela penal.

Nesta seara, existe a problemática dos crimes de perigo abstrato, assim classificados como aqueles que prescindem de comprovação, ou seja, que se constituem crimes cuja presunção de ocorrência é absoluta (*juris et de jure*), na medida em que a norma penal incriminadora satisfaz-se com a realização da conduta que se supõe antecipadamente como capaz de causar dano a um bem jurídico (BITENCOURT, 2009, p. 224).

Em outros termos, “significa que se atribui à acusação somente a prova da realização do comportamento. É o quanto basta para a lei, que impõe a si própria a tarefa de completar o tipo incriminador, presumindo que, em decorrência da conduta” (JESUS, 2006, p. 4), independentemente da comprovação de efetiva lesão a algum bem jurídico relevante.

É o que ocorre no caso do artigo 15, da Lei 7.802, de 11 de julho de 1.989, *in verbis*:



Art. 15. Aquele que produzir, comercializar, transportar, aplicar, prestar serviço, der destinação a resíduos e embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, em descumprimento às exigências estabelecidas na legislação pertinente estará sujeito à pena de reclusão, de dois a quatro anos, além de multa.

Gomes e Bianchini (2002, p. 28) asseveram que no caso em apreço, o mero descumprimento de um dever de cuidado, desacompanhado de qualquer efeito danoso ou de ameaça real de dano a um bem jurídico, por si só transforma a conduta formalmente em um delito, cuja consequência é a aplicação de uma sanção penal.

Entretanto, o uso da expressão “em descumprimento às exigências estabelecidas na legislação pertinente” denuncia que constitui conflito passível de ser solucionado pela via administrativa e não inevitavelmente através do Direito Penal. Isto porque, se para a utilização deste ramo do Direito é preciso existir um posterior resultado, consubstanciado na lesão efetiva ou na ameaça real de lesão a um bem jurídico, nos termos dispostos anteriormente, tal consequência não é necessariamente decorrência lógica do descumprimento da ordem legal a que se reporta o dispositivo em questão (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 28), razão pela qual não se pode exigir de imediato uma resposta de cunho penal.

Outra disposição legal de ordem penal que ao mesmo tempo em que viola disposições constitucionais, também se configura como delito de perigo abstrato, é o artigo 68, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*: “Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena. Detenção de seis meses a dois anos e multa”.

Inicialmente, observa Ticianelli (2007, p. 168) que a redação original do referido dispositivo ainda trazia um parágrafo único¹, vetado pela autoridade competente, em virtude de se tratar de reprodução idêntica do *caput*, do artigo 67, do Código de Defesa do Consumidor².

Embora tenha existido o cuidado do Presidente da República em vetar parte de tal dispositivo, há posicionamento doutrinário no sentido de que o artigo 68 permanece sendo transcrição textual do artigo 67 (FERRARI, 2002, p. 14).

Há outro posicionamento doutrinário expressando crítica à técnica legislativa, entendendo que aquela previsão legal constitui forma qualificada da publicidade abusiva prevista no artigo 67, razão pela qual deveria estar disposta através de um parágrafo a ser acrescido a este último dispositivo, como um desdobramento deste e não por meio de um artigo autônomo e subsequente (FONSECA, 1999, p. 221).

Não obstante, configura, ainda, tipo penal que a pretexto de prever a prática de um delito, a conduta humana a ser realizada para caracterizá-lo qualifica-se por ser de amplitude extrema, revelando estar em flagrante violação ao princípio da legalidade que rege o Direito Penal (TICIANELLI, 2007, p. 169. FILHO, 2000, p. 94).

Em comentário a esse dispositivo, manifesta-se Costa Junior (1999, p. 239):

¹ Parágrafo único - Incorrerá nas mesmas penas, quem fizer ou promover publicidade de modo que dificulte sua identificação imediata.

² Artigo 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: pena detenção de três meses a um ano e multa.



O presente dispositivo é medieval, não satisfazendo nem de leve à função de garantia que deve exercer o tipo. Obscuro, vago, incerto, de contornos fluidos, atenta contra os mais comezinhos princípios da certeza do direito (*sic.*). Mereceria ser todo ele vetado, como o foram outros dispositivos, por não descrever, de forma clara e precisa, a conduta que tenciona impedir.

Isto porque a própria redação da disposição legal torna dificultosa a produção da prova de que o consumidor tenha agido de modo a comprometer sua saúde e segurança, mesmo que isso não configure efetiva lesão aos referidos bens jurídicos (TICIANELLI, 2007, p. 170). E ainda que o consumidor tenha agido de tal forma, também há uma grande problemática de conseguir comprovar que aquele tenha assim se portado em virtude da publicidade veiculada e que esta mantém relação de causalidade com a conduta ofensiva (MONTE, 1996, p. 103).

Ressalta ainda Prado (2004, p. 146) que o signo da nocividade ou periculosidade constante no tipo penal refere-se à capacidade de o ato praticado pelo agente de realizar ou veicular mensagem publicitária que possa incutir no consumidor agir de forma lesiva a si mesmo, ocasionar a este, danos materiais ou morais e de pôr em situação de perigo direitos ou bens pertencentes a outras pessoas.

A conduta que causa danos materiais ou morais configura um ilícito civil, nos termos do artigo 186 e artigo 187, do Código Civil³.

Por outro lado, a conduta que põe em situação de perigo, direitos ou bens pertencentes a outras pessoas, é identificada pela doutrina como delito de perigo abstrato, para o qual basta a prática da ação preceituada pelos verbos, ainda que a consequência perigosa ou prejudicial ao consumidor não tenha efetivamente ocorrido (COSTA JUNIOR, 1999, p. 240). Em outros termos, mesmo que a prática da ação do agente não tenha afetado bem jurídico algum do consumidor ou da vítima, ainda assim restará configurado o delito em virtude de estar previsto como preceito incriminador para o qual o resultado independe, tendo como efeito a aplicação de uma sanção penal.

Diante de tal situação, é possível remeter o pensamento a outros princípios que regem o Direito Penal, inclusive o da exclusiva proteção de bens jurídicos e, conseqüentemente, o da lesividade ou ofensividade e o da intervenção mínima. Isto porque o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é que determina a tutela daqueles bens reputados indispensáveis para o indivíduo e a coletividade, que deve ser observado na ocasião da produção da norma penal e no momento da sua aplicação, valendo então frisar o posicionamento de Prado (2008, p. 136) de que em virtude de tal preceito tanto o tipo penal previsto quanto a ação prática e efetiva do agente devem provocar uma lesão ou ao menos uma ameaça de lesão efetiva ao bem jurídico protegido.

Em decorrência lógica, o princípio da lesividade ou ofensividade estabelece que a intervenção estatal através do Direito Penal para a aplicação de uma pena, ou melhor, para que determinada conduta possa ser considerada um delito e conseqüentemente lhe seja aplicada uma pena, é necessário que viole/ofenda ou ameace lesar/ofender um bem jurídico específico (PRADO, 2008, p. 136).

³ Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.



E por esse princípio estar intimamente ligado à escolha preliminar das condutas criminosas, também constitui um fundamento para o princípio da intervenção mínima, que, como explicitado anteriormente, determina que o Direito Penal só deva interferir em condutas anteriormente, determina que o Direito Penal se atenha nas relações entre os homens quando se mostrar imprescindível à manutenção da convivência humana (LOPES, 2000, p. 315).

Atualmente, muitos dos delitos de perigo abstrato, previstos no ordenamento jurídico em oposição aos delitos de perigo concreto, são apresentados como meios utilizados pela política criminal para prever que determinadas condutas sejam consideradas crime e como meio de exercer o controle sobre a criminalidade incomum. A maior parte desses delitos caracteriza-se pelo fato de o agente agir contrariando determinação legal (*non facere quod debetur*), independentemente de estar ou não ferindo algum bem jurídico (WUNDERLICH, 200-, p. 1).

Tal posicionamento é amplamente criticado por Jesus (2006, p. 4-5), na medida em que o Direito Penal pátrio é embasado na culpabilidade para a atribuição de responsabilidade penal e os delitos de perigo abstrato que possuem como característica a presunção absoluta de estarem ferindo algum bem jurídico, impedem o agente a quem se imputa a prática do delito, comprovar que a conduta por ele praticada não provocou dano ou perigo de lesão algum, violando tanto o princípio da culpabilidade como o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça repele a existência excessiva de delitos de perigo abstrato:

RHC - PENAL - LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIAS (ART.32) – CÓDIGO NACIONAL DE TRÂNSITO (ART. 162 E ART. 309) - SUCESSÃO DE LEIS - REVOGAÇÃO ORGÂNICA - O Código Nacional de Trânsito (Lei nº 9.503/97) disciplinou, às inteiras, a matéria jurídica relativa ao trânsito de veículos na via pública. A Lei das Contravenções Penais encerra, no art. 32, verbis: “Dirigir, sem a devida habilitação, veículo na via pública, ou embarcação a motor em águas públicas.” O Código Nacional de Trânsito, no art. 162 registra: “Dirigir veículo: I - sem possuir Carteira Nacional de Habilitação ou Permissão para dirigir: Infração - gravíssima. Penalidade - multa (três vezes) e apreensão do veículo.” Configura, sem dúvida, face ao art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941) ilícito administrativo. O rigor penal está contido no art. 309, com a seguinte redação: “Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano”. **A doutrina penal moderna repudia o denominado - crime de perigo abstrato. O crime é fenômeno socialmente negativo. Daí, o resultado evidenciar dano, ou perigo de dano ao bem juridicamente tutelado. Perigo, por sua vez, entendido como - probabilidade (não mera possibilidade) de dano. Cumpre, por isso, afastar o mero perigo abstrato que traduz idéia de somente em tese o objeto jurídico ser afetado.** [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 8151/SP. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgamento em 02/02/1999 (grifo nosso).

135

Ademais, a abrangente previsão legal de delitos de perigo abstrato causa ainda uma espécie de crise de identidade da definição de bem jurídico-penal: “a multiplicidade, a contingência e a inconsistência dos bens equivalem na realidade a uma desvalorização da idéia mesma de bem” (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 28).

Em outros termos, a grande problemática da avalanche de delitos de perigo abstrato assolar a sociedade atual é que, juntamente com essa falta de concreção, há ainda a possibilidade de tais crimes virem acompanhados de certa parcela de indeterminação, podendo ser



reputados inconstitucionais em virtude de atentarem contra o princípio da legalidade e de consequência, contra o subprincípio da taxatividade (WUNDERLICH, 200-, p. 1).

Não se nega a possibilidade de determinado bem jurídico ser protegido através do Direito Penal, entretanto, é necessário que a tutela se dê de forma apropriada e irrepreensível, atendendo aos fins para os quais esse ramo severo do Direito foi instituído no ordenamento jurídico e respeitando os princípios que o regem (SENISE FERREIRA, 1995, p. 89), sobretudo aqueles que conferem ao Direito Penal a característica de *ultima ratio* e a determinação pela intervenção mínima.

Do exposto, verifica-se que mesmo existindo a descrição legal de uma conduta como sendo um delito, não significa constituir ação que necessariamente requer tutela penal. Além de analisar se efetivamente fere ou oferece perigo real de lesão a um bem jurídico, é preciso que a descrição legal não esteja a ferir princípios regentes ou mesmo a finalidade para a qual o Direito Penal foi criado.

Outra hipótese de norma editada em descompasso com o ordenamento jurídico pátrio é o artigo 69, do Código de Defesa do Consumidor. Confira-se o seu teor: “artigo 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade: Pena. Detenção de um a seis meses ou multa”.

De acordo com Ticianelli (2007, p. 176-177), constitui normativo penal regrado o parágrafo único do artigo 36, do Código de Defesa do Consumidor, o qual trata especificamente, de uma das formas de práticas comerciais, estabelecendo que seja de responsabilidade do fornecedor conservar em seu poder, arquivos contendo dados fáticos, técnicos e científicos que embasam a mensagem publicitária de seus produtos e serviços, configurando, portanto, ilícito penal por desobediência a ordem administrativa.

136

Em uma primeira análise, a norma penal em questão oferece proteção mediata ao bem jurídico objeto do dispositivo, que permanece sendo a veracidade, a transparência, a completude e a exatidão das informações apresentadas (PRADO, 2004, p. 147).

Entretanto não se verifica uma tutela imediata, na medida em que o tipo penal não oferece proteção de forma direta à informação difundida (bem jurídico), mas sim a uma função administrativa: “basta mencionar que a informação publicada pode ser absolutamente válida no sentido de não ser enganosa ou abusiva, não possuindo, todavia, dados organizados que possam sustentá-la” (TICIANELLI, 2007, p. 178-179).

Ainda em comentário ao dispositivo:

No presente contexto, não revela o preceito administrativo *função* que detém natureza protetora do bem jurídico representado pela qualidade da informação, o que fundamentaria eventual dignidade penal. A qualidade da informação não depende absolutamente da organização dos dados. Também, a caracterização de engano ou abuso da informação não depende absolutamente da falta de organização de dados. Em que pesem as manifestações de proteção de bem jurídico, não se vislumbra qualquer proteção de valor penalmente reconhecido. O presente tipo penal existe unicamente para a satisfação de um preceito administrativo que não significa absoluta proteção do valor da informação, contrariando o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, que revela o escopo primordial do direito penal (*sic.*) (TICIANELLI, 2007, p. 179 (grifo no original)).



Ademais, a técnica legislativa conferiu ao tipo penal imprecisão em relação à conduta a ser praticada para caracterizar o delito em questão (deixar de organizar dados), bem como de outros elementos que constituem a tipicidade (dados fáticos, técnicos e científicos), imprimindo-lhe amplitude extrema, característica incompatível com o Direito Penal pátrio, em flagrante violação do princípio da taxatividade, o qual prescreve que o conteúdo da norma penal deve ser determinado e preciso (TICIANELLI, 2007, p. 181).

Constata-se que o tipo penal em apreço carece de bem jurídico-penal, que lhe atribuiria legitimidade para existir no ordenamento jurídico, na medida em que o objeto de proteção é tão-somente uma função administrativa e não um bem jurídico em si mesmo considerado, observando-se ainda que, além de violar o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, ainda afronta o princípio da taxatividade, corolário do princípio da legalidade.

Pode-se também aventar problemática existente no Código de Trânsito Brasileiro, que dispõe especificamente acerca dos crimes de trânsito, que, no artigo 305 do referido Diploma Legal prevê um dos crimes em espécie, consubstanciado na seguinte conduta: “afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída: penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa”.

A norma incriminadora institui como sendo delito o ato de o agente provocador do acidente evadir-se do respectivo local. Entretanto é de se ressaltar que a responsabilização do condutor do veículo que provoca o acidente, seja no âmbito civil, seja no âmbito criminal, independe do fato de ter-se evadido ou não (BOLLER, 2009, p. 1).

Isto porque caso o agente tenha fugido do local e se, por exemplo, em razão do acidente tiver danificado o veículo da vítima, provocando dano material, nos termos do artigo 186, do Código Civil, terá cometido ato ilícito e nos moldes do artigo 927, do mesmo *Codex*, fica obrigado a repará-lo; seguindo o mesmo raciocínio, caso o agente tenha fugido do local e também tenha provocado a morte ou algum tipo de dano físico à vítima, dono do outro veículo envolvido ou ao pedestre que transitava pela via pública, terá, respectivamente cometido o delito de homicídio, enquadrando-se no tipo penal descrito no artigo 302, ou de lesões corporais, enquadrando-se no tipo penal do artigo 303, ambos do Código de Trânsito Brasileiro.

No caso do ilícito civil, o bem jurídico atingido é o patrimônio; no caso do ilícito de índole penal, o bem jurídico penalmente protegido é a vida. Em ambos os casos a responsabilização é cabível seja pela via civil, seja pela via criminal e, em relação especial a esta última, a finalidade de atribuir-lhe responsabilização é alcançável mesmo sem a incriminação da conduta evasiva do agente, razão pela qual basta de intervenção penal (BOLLER, 2009, p. 1).

Ademais, nenhuma pessoa é obrigada a produzir prova em seu desfavor, por força do artigo 8º, inciso II, alínea “g”, do *Pacto de San José da Costa Rica* do qual o Brasil é signatário, razão pela qual Nucci (2006, p. 848) entende que o delito previsto no artigo 305, do Código de Trânsito Brasileiro é inconstitucional.

Em sede de controle difuso, a própria Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, posicionou-se pela inconstitucionalidade do dispositivo em comento, aduzindo as seguintes razões de voto:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – RESERVA DE PLENÁRIO – **ART. 305, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO FUNDAMENTAL AO SILÊNCIO – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA**. VOTO: Cuida-se de Incidente de Inconstitucionalidade do art. 305, da Lei 9.503/97, Código de Trânsito



Brasileiro, argüido pela 5ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, em sede de Apelação Criminal interposta pelo Réu Malter Silva de Castro, condenado, em Primeiro Grau, nas iras dos artigos 302, incisos I e III, 305 e 311, todos do CTB. Após a argüição da cláusula de reserva de plenário, determinaram a remessa dos autos à Corte Superior deste Tribunal, nos termos do art. 248, do seu Regimento Interno. A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de fls. 206/215, manifestou-se pelo reconhecimento da inconstitucionalidade. É o sucinto relatório. Ante à brilhante fundamentação exarada pelo d. Des. Alexandre Victor de Carvalho, ao argüir o presente incidente de inconstitucionalidade, consoante fls. 188/193, acompanhada pelo i. Procurador-Geral de Justiça, **resta evidente a incompatibilidade do art. 305, do CTB, com o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Dispõe o art. 305, do Código de Trânsito Brasileiro: “Art. 305 Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.” Tratado como fuga à responsabilidade, o citado delito, de fato, contraria o sistema jurídico, que admite a qualquer agente criminoso a possibilidade de fugir à responsabilidade. Nestes termos, inaceitável é se impor a alguém que permaneça no local do crime para se auto-acusar, submetendo-se às conseqüências penais e civis decorrentes do ato que provocou, como pretende o artigo em comento. Vislumbra-se que, além de afrontar, diretamente, a garantia individual da não auto incriminação, o dispositivo contraria as garantias da ampla defesa, do devido processo legal, bem como da liberdade**, como ressalta a d. Procuradoria-Geral de Justiça à fl. 209. Ademais, consoante o último, fl. 214: “(...) a **responsabilidade civil ou criminal do indivíduo que causa um acidente de trânsito não depende de sua não evasão do local. O fim da norma incriminadora em pauta é perfeitamente alcançável através da aplicação da lei civil (que atribua ao agente responsabilidade pela reparação dos danos que tiver causado) e da lei penal (que descreva como crime a conduta praticada pelo agente envolvido no acidente de trânsito) sem que seja necessária a incriminação da fuga do local. O bem jurídico protegido é alcançável pela simples aplicação destas outras normas, que tornam o agente civil ou criminalmente responsável.**” Por todo o exposto, **DECLARA-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 305, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO** (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Corte Superior. Incidente de Inconstitucionalidade nº. 1.0000.07.45621-0/000(1). Relator Sérgio Resende. Julgamento em 01/06/2008 (grifo nosso).

Constata-se a desnecessidade da existência do referido tipo penal, em virtude de configurar delito que carece de bem jurídico imprescindível a ser tutelado (primeiro porque a lesão ao patrimônio já se encontra tipificado como ilícito civil, cujas conseqüências são inerentes a essa esfera; segundo, porque as lesões ao direito à vida também já se encontram tipificadas como ilícitos penais), além de se tratar de dispositivo inconstitucional por violar o direito de cada pessoa de não se autoincriminar (artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal).

Outro exemplo de previsão legal de um delito, cujo bem jurídico não requer tutela penal, é o caso do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei 8.137/90, o qual está inserido no capítulo destinado aos delitos cometidos contra a ordem tributária, *in verbis*:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

[...]

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço,



efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Penas - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Pela leitura do tipo penal, constata-se que quando o legislador utiliza a expressão “a falta de atendimento da exigência da autoridade [...]”, está se referindo ao funcionário público que exerce a atividade de fiscalização tributária. Embora esteja previsto no capítulo que trate especificamente dos delitos cometidos contra a ordem tributária, verifica-se, no entanto, que com tal incriminação o legislador não oferece proteção à ordem tributária, mas sim à atividade administrativa fiscalizadora (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 29-30).

Martins (1998, p. 42) explica, ainda, que todas em todas as ocasiões em que o agente fiscalizador intentar coletar dados que possam revelar a prática de um delito tributário, por força do disposto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal⁴, ao acusado assiste o direito de permanecer em silêncio e não fornecê-los. E complementa:

Esta deve ser obtida pelos meios possíveis, inclusive da informática que permite ao Fisco estar permanentemente atualizado sobre a vida de todos os contribuintes. Não poderá, todavia, conseguir-se a prova através da auto-incriminação, nas hipóteses que impliquem crime tributário, visto que possui, o acusado, o direito constitucional de ficar calado e não prestar colaboração (MARTINS, 1998, p. 42-43).

Isto porque na ocasião em que o legislador ordinário entendeu que determinadas condutas deveriam ser consideradas crimes tributários, instituindo no ordenamento jurídico tipos penais nesse sentido, automaticamente essa particularidade da norma fica submetida aos preceitos constitucionais que conferem direitos e garantias a todos os acusados de crime (MARTINS, 1998, p. 44).

Não obstante, verifica-se que a conduta, descrita no tipo em questão, configura típico crime de desobediência (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 29), já previsto no ordenamento jurídico, mais especificamente no artigo 330, do Código Penal, *in verbis*: “Artigo 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: pena – detenção, de quinze dias a seis meses, e multa”, visto que:

Na perspectiva específica da exigência de exibição de livros e documentos que podem vir a interessar à verificação do correto cumprimento de obrigação tributária, o bem jurídico tutelado por meio da incriminação da conduta prevista pelo parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/90, é o mesmo tutelado pelo crime de desobediência, previsto pelo art. 330 do Código Penal (DECOMAIN, 2003, p. 1).

⁴ Ainda que o dispositivo mencione que constitui direito do preso permanecer calado, entende Martins (1998, p. 42) que configura direito de qualquer acusado de crime, esteja ele detido ou em liberdade.



A diferença, entre a norma do parágrafo único do artigo 1º, da Lei 8.137/90 e o artigo 330, do Código Penal, está especificamente na norma secundária, aquela que estabelece a sanção penal: enquanto que no primeiro caso a norma prevê a pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos; no segundo a pena consubstancia-se em detenção de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, o que configura o desprezo do princípio da lesividade ou ofensividade (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 29).

Explica-se: embora a norma prevista na Lei 8.137/90 seja determinação legal que prevê infração específica praticada por aquele que possui como fim sonegar imposto, o tipo penal é inócuo, na medida em que a norma do Código Penal é determinação legal genérica, sendo que o delito se consuma quando da desobediência da ordem proferida por qualquer autoridade competente. Verifica-se que o bem jurídico em questão (atividade administrativa) já está protegido pela norma penal genérica (artigo 330, do Código Penal), não necessitando de outra norma com o mesmo fim (parágrafo único, do artigo 1º, da Lei 8.137/90), apenas oferecendo sanção penal mais severa (dois a cinco anos de reclusão), como se a falta de obediência da ordem do fiscal ou auditor fiscal fosse mais grave do que a desobediência da ordem de qualquer outra autoridade competente para determinado caso específico.

Analisando os exemplos dispostos, verifica-se que constituem delitos instituídos no ordenamento jurídico pátrio muitas vezes à revelia dos princípios que regem o Direito Penal, transformando-o em instrumento utilizado para atingir fins para os quais não foi criado.

Ainda que não haja consenso doutrinário no que tange ao conceito de bem jurídico-penal, é necessário compreender que não é em razão de a norma penal proteger um bem jurídico que ele é tido como bem jurídico-penal, mas que em virtude da relevância jurídica do bem e da maior propensão de ser mais violentamente infringido, é que necessariamente precisa da tutela penal para impedir a sua transgressão, ou seja, exige-se que o bem jurídico detenha a dignidade penal necessária para que a sua violação seja repelida pelo ramo do ordenamento jurídico com as consequências mais severas.

140

4 CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, verifica-se que o legislador pátrio encontra diversos empecilhos para exercer seu ofício de forma satisfatória, considerando a grande dificuldade de identificar aqueles bens que requerem tutela penal, ainda que seja auxiliado pela existência de princípios constitucionais que o guiam na tarefa que lhe é atribuída.

Em face dessa dificuldade, também se constata que, por inúmeras vezes, não se tem encontrado situações em que o bem jurídico-penal esteja cumprido com seus encargos funcionais, como, por exemplo, o de limitar a intervenção estatal para permitir a criminalização somente daquelas condutas que atingirem bens jurídicos ou estarem na iminência de fazê-lo.

A multiplicação das normas penais no ordenamento jurídico pátrio e a não diminuição da ocorrência de delitos conduz em aplicadores e estudiosos do Direito a questionar a sistemática adotada de utilizar-se do Direito Penal de forma indiscriminada, como se só existissem medidas penais para resolução de conflitos.

É comum atribuir-se legitimação à incriminação de diversas condutas pelo mero fato destas estarem tipificadas no ordenamento jurídico como “ações criminosas”, mas a fundo não se analisa se a incriminação é reconhecida como autêntica, no sentido de ser incontestada como



medida efetivamente necessária e exclusiva, de modo que não se pode dizer que determinado ato seja crime pela simples razão fática de estar previsto em lei como tal.

Embora a Constituição Federal, que corresponde à norma maior de um Estado Social e Democrático de Direito como é o Brasil, abarque, em seu texto, valores entendidos como fundamentais para o homem e para a sociedade, que devem fundamentar a criação de normas, inclusive as de Direito Penal, tal fato por si só não garante que a intervenção penal ocorrerá de acordo com os ditames destinados a essa rigorosa esfera do Direito.

Há que ser observado, ainda, se a disposição dos elementos que o constituem está de acordo com os princípios fundamentais que regem o ordenamento jurídico pátrio, de modo a verificar se a norma penal, a ser elaborada, ou se aquela que já se materializou, sob a forma de lei, está em conformidade com os critérios que justificam a intervenção penal.

Assim, requer-se uma análise do próprio bem jurídico que se pretende dar proteção pelo ordenamento jurídico, com o fim de constatar, por exemplo, se o Direito Penal é a única e mais adequada forma de oferecer-lhe tutela jurídica; se esse bem jurídico possui relevância a ponto de a ausência de norma penal incriminadora desestabilizar as relações entre os homens, de modo a tornar inviável a convivência social; se a norma que institui para o Direito, conduta a qual se atribui a qualidade de “crime”, foi devidamente oriunda do Poder Legislativo e em momento anterior à sua prática, e assim sucessivamente.

Dessa forma, o legislador ordinário não detém a faculdade de transformar em conduta criminosa todo e qualquer tipo de ação indistintamente, mas sim a obrigação de instituir um tipo penal de acordo com o fato de a ação típica estar ferindo bem jurídico de relevância crucial, que não possa ser tutelado por outra esfera do Direito, representando, portanto, a última e única alternativa de meio para oferecer proteção.

Ainda que existam diretrizes nesse sentido, a evolução das relações sociais implica cada vez mais em uma necessidade de respostas imediatas. E estas, no âmbito jurídico, são concedidas de forma constante, através de medidas de cunho rigoroso ao extremo. Refere-se, aqui, a adoção do Direito Penal para oferecer tutela jurídica a uma gama de direitos e bens jurídicos, pela incriminação de condutas nas quais se revela estar ausente qualquer resquício de poder lesivo, cuja propensão de causar lesão seja quase ínfima, ou, ainda, pelo aumento da gravidade das sanções a serem aplicadas aos delitos já existentes.

E o rigorismo não se observa tão-somente pela verificação do agravamento da severidade das penas e pelos seus implacáveis efeitos, mas também em virtude da instituição de tipos penais em excesso, sem que estejam a proteger bens que necessariamente requerem tutela penal. A severidade do sistema traz apenas uma falsa impressão de tutela, na medida em que não previne a ocorrência de delitos e também não contribui para evitar a reincidência. Na realidade, a verdadeira segurança jurídica seria constatável caso as medidas adotadas estivessem realmente surtindo os efeitos pretendidos. Entretanto, essa severidade penal surge em resposta ao clamor social por uma imediata tutela do Estado, que invariavelmente é concedida utilizando-se do Direito Penal. Primeiramente, o clamor social se forma através da manifestação de pessoas ou instituições formadoras de opinião pública, as quais só enxergam como solução para determinadas questões, a sanção penal.

Diante dessa situação, o Estado tenta retribuir equivalentemente às súplicas da sociedade através da sanção penal sugerida pelo coletivo, sem utilizar-se, no entanto, de critérios de necessidade, razoabilidade e proporcionalidade. Assim, a medida que deveria ser a *ultima ratio* passa a ser a primeira alternativa: a exceção passa a ser a regra. Deste modo, é possível



observar que as principais consequências que se seguem são, a intensa proliferação de normas com cunho penal e de caráter emergencial, sem que seja imediatamente necessário, e a relativização da definição de bem jurídico-penal e da sua importância para o ordenamento jurídico.

De outro modo, também não é incomum, quando da análise mais aprofundada dos tipos penais existentes, encontrar delitos previstos no ordenamento jurídico a tutelar bens jurídicos que não requerem imediata e necessária tutela penal. Com esse tipo de prática, ocorre a desfiguração do bem jurídico-penal, no sentido de nele não mais se encontrar traços de relevância social e indispensabilidade para legitimar a oferta de tutela penal.

É preciso uma atenção especial, quando da elaboração de normas jurídicas, não só as penais, mas principalmente destas, de modo a utilizar-se dos instrumentos adequados para atender a cada uma das necessidades da sociedade com coerência e utilidade. E isso, quando traduzido diretamente para o ramo penal, só é viável iniciando a verificação da necessidade de tutela por parte do Direito Penal, pela análise do bem jurídico que deverá ser protegido pela edição de uma norma que preveja delitos e lhes comine uma sanção.

A correta identificação dos bens jurídicos que merecem tutela penal com a utilização do Direito Penal, conforme o objetivo para o qual foi criado, poderia culminar na meta maior que é a diminuição da ocorrência de delitos, caso não seja possível a sua total extinção. Isso porque quanto menor for o rol de delitos existentes, ao mesmo tempo em que haverá menos possibilidade de violação de normas penais, também haverá mais contingente para se ocupar dos delitos existentes, aos quais se reputa imprescindível a intervenção do Estado por meio do Direito Penal.

142

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, Set. 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOLLER, Luiz Fernando. **Delito de Fuga é Inconstitucional**. [S.I.: s.n.] 21 ago. 2009. Disponível em: <<http://blig.ig.com.br/datafanning/2009/08/21/delito-de-fuga-e-inconstitucional/>>. Acesso em: 12 out. 2009.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 8151/SP**. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgamento em 02/02/1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 out. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Corte Superior. **Incidente de Inconstitucionalidade nº. 1.0000.07.45621-0/000(1)**. Relator Sérgio Resende. Julgamento em 01/06/2008. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0&ano=7&txt_processo=456021&complemento=0>. Acesso em: 12 out. 2009.



BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **O Pagamento de Eventual Tributo não Extingue a Punibilidade do Crime Previsto pelo Parágrafo Único, do art. 1º, da Lei nº. 8.137/90**. Santa Catarina. [s.n.]. 21 jul. 2003. Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_impresao.asp?campo=3432&conteudo=fixo_detalhe>. Acesso em: 18 out. 2009.

FERRARI, Eduardo Reale. Os Crimes Contra as Relações de Consumo e a sua Incidência em Face do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 8.137/90: possível a revogação tácita durante a *vacatio legis*? **Revista do Instituto Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo, a. 5, n. 19. p. 14, jan./mar. 2002.

FILHO, Domingos Afonso Kriger. **A Responsabilidade Civil e Penal no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direito Penal do Consumidor**: Código de Defesa do Consumidor e Lei 8.137/90. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O Direito Penal na Era da Globalização**. v. 10. (Série As Ciências Criminais no Século XXI). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**: de acordo com o novo Código Civil. 9. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista. **Crimes de Trânsito**: anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei nº. 9.503, de 23 de setembro de 1997). 6. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. rev. aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 3. ed. atual. (Pesquisas Tributárias – nova série 1). São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998.

MONTE, Mário Ferreira. **Da Proteção Penal do Consumidor**. Coimbra: Almedina, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Manual de Direito Penal**: parte geral e parte especial. 4. ed. rev., atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

143



PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Manual de Direito Penal**: parte geral e parte especial. 4. ed. rev., atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SENISE FERREIRA, Ivete. **Tutela Penal do Patrimônio Cultural**. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. **Delitos Publicitários**: no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90. Luiz Regis Prado e Adel El Tasse (Coord.). (Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal). Curitiba: Juruá, 2007.

WUNDERLICH, Alexandre. **Delitos de Perigo Abstrato**: uma crítica necessária. [S.I.: s.n.] [200-]. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/10785/10350>>. Acesso em: 14 out. 2009.



EXTENSÃO ECONÔMICA DOS ALIMENTOS

Michel Alcazar Nakad*

RESUMO

O presente trabalho visa esclarecer os pressupostos imprescindíveis à quantificação da pensão alimentícia, servindo para que o juiz, ao seu prudente arbítrio, com a observância do processo cognitivo norteado pelo binômio necessidade/possibilidade, no sentido de aferir as reais condições socioeconômicas dos sujeitos da relação obrigacional alimentar, máxime pelo fundamento éticossocial e o interesse estatal na questão, fixe o *quantum* obrigacional. Vale-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial como metodologia utilizada na elaboração deste artigo, sem prejuízo da fundamentação legal das orientações aqui delineadas.

Palavras-chave: Alimentos. Extensão Econômica. Pressupostos. Binômio Necessidade/Possibilidade.

ABSTRACT

The present work aims at to the clarification how much to the economic extension of foods, that is, the essential estimated ones to the quantification of the alimony, serving so that the judge, to its cautious will, but marked out with buoys for these parameters, with the observance of the knowing process guided by the binomial necessity/possibility, in the direction to survey the real partners economic conditions of the citizens of the alimentary obligatory relation, maxims for the ethical social bedding and the state interest in the question, fixes quantum obligatory. Valley of bibliographical and research as methodology used in the elaboration of this article, without damage of the legal recital of the notions delineated here.

145

Keywords: Foods. Economic Extension. Estimated. Binomial Necessity/Possibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 OS ALIMENTOS. 2.1 Breve Histórico. 2.2 Conceito e Alcance. 2.3 Escopo dos Alimentos. 2.4 Natureza Jurídica. 2.5 Características do Direito à Prestação Alimentícia. 2.6 Características da Obrigação Alimentar. 3 A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. 4 OS PRESSUPOSTOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. 5 SUJEIÇÃO ATIVA E PASSIVA. 5.1 Na Obrigação Alimentar Derivada do Parentesco. 5.2 Na Obrigação Alimentar Derivada do Casamento e do Companheirismo. 6 QUANTUM OBRIGACIONAL. 6.1 O Binômio Necessidade/Possibilidade. 6.2 Necessidade. 6.3 Possibilidade. 6.4 Proporcionalidade. 7 JURISPRUDÊNCIA. 8 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

* Aluno quinto anista em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia – UniFil.



1 INTRODUÇÃO

O tema é sobre fixação do *quantum* dos alimentos devidos mutuamente entre cônjuges, companheiros e parentes, de etiologia legal; com exclusão, portanto, dos convencionais e daqueles oriundos de sentença condenatória decorrente de responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

Difícil é, senão, a delimitação da extensão econômica dos alimentos, tarefa árdua que é atribuída ao juiz, tendo em vista que não há parâmetros objetivos previstos na legislação civil. É inexorável, para a quantificação da pensão alimentícia, que se tragam à baila, ainda que sucintamente, noções gerais do instituto dos alimentos, como a evolução histórica, o conceito, o alcance, a finalidade, a natureza jurídica e as características tanto do direito à prestação alimentícia como da obrigação alimentar.

Importante também é elencar e explicar os pressupostos da obrigação alimentar, indicando, ainda, os respectivos sujeitos ativos e passivos de tal relação obrigacional.

Por fim, discorre-se efetivamente sobre a extensão econômica dos alimentos, a quantificação da pensão alimentícia, atribuída ao prudente arbítrio do juiz que, através de um processo cognitivo balizado pelo binômio necessidade/possibilidade, utiliza-se de regras de experiência, fixe cautelosamente a quantia devida.

2 OS ALIMENTOS

2.1 Breve Histórico

146

[...] no direito romano, a obrigação alimentar foi estatuída inicialmente nas relações de clientela e patronato, vindo a ter aplicação muito tardia (na época imperial) nas relações de família, por obra de vários Rescritos mediante a *cognitio* dos Cônsules *extra ordinem*. (CAHALI, 1998, p. 43).

A ausência de disposição sobre alimentos nos primeiros momentos da legislação romana deveu-se à própria estrutura familiar da época, que reconhecia ao *pater familias* todo o complexo de direitos, inexistindo qualquer obrigação a ser cumprida por ele em benefício de seus dependentes, os *alieni iuris*. Estes não gozavam de capacidade patrimonial, não eram sujeitos de direito, de sorte que deles também não se poderiam exigir os alimentos.

Deveras, não se tem notícia do momento histórico exato no qual os alimentos foram reconhecidos no âmbito da família, ao que comenta Cahali (1998, p. 45), em tese de doutorado, intitulada “Dos Alimentos”:

Terá sido a partir do principado, em concomitância com a progressiva afirmação de um direito de família em que o vínculo de sangue adquire uma importância maior, quando então se assiste a uma paulatina transformação do dever moral de socorro, embora largamente sentido, em obrigação jurídica própria, a que corresponderia o direito alimentar, tutelável através da *cognitio extra ordinem*; a controvérsia então se desloca para a extensão das pessoas vinculadas à obrigação alimentar.

A figura dos alimentos aparece posteriormente com conteúdo muito delimitado, de maneira embrionária, conforme ressalta Cahali (1998, p. 46):



No direito justinianeu foi seguramente reconhecida uma obrigação alimentar recíproca entre ascendentes e descendentes ao infinito, paternos e maternos na família legítima, entre ascendentes maternos, pai e descendentes na família ilegítima, com exclusão daquela constituída ex nefariis vel incestis vel damnatis complexibus; talvez entre irmãos e irmãs; e muito provavelmente pertence a esse período a extensão da obrigação alimentar entre colaterais.

Controverte-se a doutrina no concernente à existência da obrigação alimentar inter- conjugal no direito romano. Todavia a partir do direito justinianeu, no qual tinha o conteúdo demasiado restrito, o instituto dos alimentos fora gradativamente se consolidando para que depois, sob as sucessivas reelaborações pelos glosadores e comentadores, se estendesse aos cônjuges, ascendentes e descendentes, irmãos e irmãs.

O direito canônico houve por ampliar a esfera dos alimentos, fazendo abranger também relações concubinárias. Passou-se a reconhecer, por exemplo, o direito alimentar aos filhos espúrios em relação ao companheiro da mãe durante o período de gravidez, com inaplicabilidade da exceção do concubinato. Enfim, vaticina Cahali (1998, p. 48) que: “Sem disciplinar de maneira específica a instituto, o *Codex Iuris Canonici* mantém, em linhas gerais, a tradição eclesiástica, trazendo em seu contexto algumas disposições que dizem respeito à obrigação alimentar.”

Quanto ao direito comparado, cada nação houve por elaborar sua própria disciplina jurídica alimentar, não havendo interesse na reprodução do direito alienígena, diante das características peculiares que cada sistema jurídico atribui ao instituto dos alimentos.

Já no Brasil, as Ordenações Filipinas cuidaram do instituto alimentar, sendo que o Assento de 09.04.1772, que recebeu força de lei pelo Alvará de 29.08.1776, proclamava a regra de que cada um tem o dever de se alimentar e sustentar, excetuando-se situações de descendentes legítimos e ilegítimos, ascendentes, colaterais, irmãos legítimos e ilegítimos, primos e outros indivíduos com parentesco natural legítimo, primos e outros indivíduos com parentesco natural ilegítimo.

Na Consolidação das Leis Civis, firmou-se o dever de sustento dos filhos, os direitos recíprocos de alimentos entre pais e filhos e entre parentes.

O Código Civil de 1916, hoje revogado, trazia como pressupostos da obrigação alimentar familiar os seguintes deveres: de mútua assistência entre os cônjuges, de educação e sustento dos filhos pelos pais e de o marido prover a manutenção da família.

Com as mutações sociais, a família foi adquirindo novas formas, de tal sorte que se criou uma gama de situações não contempladas pelo Código de 16, dando margem à edição de numerosas leis esparsas, na busca de sistematização dessa realidade incipiente.

Nesse diapasão, editou-se a Lei de Proteção à Família (Decreto - lei nº 3.200 de 19.04.1941) que possibilitou o desconto da pensão alimentícia em folha de pagamento do devedor. A Lei nº 968 de 10.12.1949 previu a possibilidade de acordo na relação alimentar. No mesmo ano, a Lei 883 de 21.10.49 garantiu alimentos provisionais em favor do filho ilegítimo, sendo que a Lei nº 8.560 de 29.12.92 previu-os definitivamente aos filhos havidos fora do casamento.

A Lei nº 8.648/93 veio para implementar o dever dos filhos ao amparo dos pais que, na velhice, carência, ou enfermidade, ficarem sem condições de prover o próprio sustento.

Hodiernamente, os alimentos, de maneira geral, gozam de disciplina substantiva específica no Código Civil, precisamente nos artigos 1694 a 1710, constantes do Subtítulo III (Dos Alimentos), do Capítulo VI (Do Regime de Separação de Bens), do Título II (Do Direito Patrimonial), do Livro IV (Do Direito de Família).



2.2 Conceito e Alcance

Nas palavras de Orlando Gomes (2000, p. 427), o conceito: “Alimentos são prestações para a satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si”. A lei preferiu não defini-los, mas, conforme lição de Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 337): [...] no art. 1.920 (antigo, art. 1.687) encontramos o conteúdo legal de alimentos quando a lei refere-se ao legado: “O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.”

Aprofundando-se no conceito, Cahali se reporta a Estevam de Almeida (1998, p. 16): “Alimentos são, pois, as ‘prestações devidas’, feitas para quem as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional)”

Na delimitação do alcance dos alimentos, insta suscitar a classificação quanto à natureza ou conteúdo. Trata-se dos alimentos naturais ou necessários a par dos civis ou cômputos. Aqueles abrangem o estritamente indispensável para a subsistência, ou seja, as necessidades básicas imprescindíveis, como habitação, víveres, vestuário e remédios; ao passo que estes compreendem necessidades outras do alimentado, segundo a possibilidade do alimentante, como, *verbis gratia*, as intelectuais e morais, traduzindo-se em educação, instrução, assistência, recreação, entre outras.

2.3 Escopo dos Alimentos

148

Leciona Cahali (1998):

Na sua função ou finalidade, os alimentos visam assegurar ao necessitado aquilo que for preciso para a sua manutenção, entendida esta em sentido amplo, propiciando-lhe os meios de subsistência, se o mesmo não tem de onde tirá-los ou se encontra impossibilitado de produzi-los.

[...]

Liga-se, em substância, obrigação legal de alimentos à idéia de sustento e satisfação das necessidades do favorecido, igualmente à idéia do cuidado da pessoa, entendido este não no sentido técnico da curatela de pessoas incapazes, e sim naquele sentido mais amplo de assistência e auxílio com vistas ao regular desenvolvimento do indivíduo; esse elemento faz com que, ainda quando a obrigação alimentar tiver sido concretizada numa prestação fixa em dinheiro, não basta que a prestação tenha sido satisfeita, para que se considere cumprida a obrigação, se o seu fim último não foi alcançado.

Os alimentos encontram supedâneo nos princípios da dignidade da pessoa humana, inserto como fundamento da República Federativa do Brasil, no art. 1º, III, da Lei Maior e no da solidariedade familiar.

Ao Estado, em seu atual estágio evolutivo, nas sociedades civilizadas, compete o amparo daqueles que não conseguem prover à própria manutenção. Entretanto transfere-se parcialmente esse dever aos membros do círculo familiar do necessitado, ante a obrigação moral que os vincula. E o liame familiar natural, que impõe esse dever moral, então, converte-se em dever jurídico, uma vez que positivado.



Explicita Orlando Gomes (2000, p. 429):

[...] Embora se tenha fortalecido ultimamente a convicção de que incumbe ao Estado amparar aqueles que, não podendo prover à própria subsistência por enfermidade ou por outro motivo justo, necessitam de ajuda e amparo, persiste a consciência de que devem ser chamados a cumpri-lo, se não a satisfazem espontaneamente, as pessoas que pertencem ao mesmo grupo familiar. Os laços que unem, por um imperativo da própria natureza, os membros de uma mesma família impõem esse dever moral, convertido em obrigação jurídica como correlativo às distorções do sentimento de solidariedade. Mas, com o desenvolvimento da política de assistência e previdência sociais a condenação ao cumprimento da obrigação *stricto sensu* de prestar alimentos vai rareando. Um de seus pressupostos está sendo eliminado, à medida que o Estado dissemina as instituições de proteção e amparo aos inválidos, com a generalização do seguro social.

E arremata Venosa (2007, p. 339):

Em linha fundamental, quem não pode prover a própria subsistência nem por isso deve ser relegado ao infortúnio. A pouca idade, a velhice, a doença, a falta de trabalho ou qualquer incapacidade pode colocar a pessoa em estado de necessidade alimentar. A sociedade deve prestar-lhe auxílio. O Estado designa em primeiro lugar os parentes para fazê-lo, aliviando em parte seu encargo social. Os parentes podem exigir uns dos outros os alimentos e os cônjuges devem-se mútua assistência. A mulher e o esposo, não sendo parentes ou afins, devem-se alimentos com fundamento no vínculo conjugal. Também os companheiros em união estável estão na mesma situação atualmente. Daí decorre, igualmente, o interesse público em matéria de alimentos. Como vemos, a obrigação alimentar interessa ao Estado, à sociedade e à família.

149

O fundamento legal dos alimentos, por sua vez, tem lugar no art. 1.694 do Código Civil, nos seguintes termos: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.”

2.4 Natureza Jurídica dos Alimentos

A natureza jurídica do direito aos alimentos é objeto de controvérsia na doutrina civilista. De passagem, esclareça-se que ao direito à prestação alimentícia corresponde a obrigação alimentar. Relação obrigacional que é, vincula o devedor a uma prestação em benefício do credor. Basicamente, há três teorias que a explica, distinguindo-se pela ótica com que enxergam os alimentos.

Doutrinadores há, na esteira de Ruggiero e Giorgio Bo, que os consideram direito pessoal extrapatrimonial, tendo em vista o caráter eticossocial e a ausência de interesse econômico do alimentando, conquanto o numerário alimentício não acresça seu patrimônio e nem o sirva de garantia a credores (GOMES, 2000).

Sob a influência de Cicu, definiu-se o direito aos alimentos no âmbito da família como de natureza pública, constituindo-se direito familiar público, ao que assevera ser discutível, porquanto importa em contradição ao caráter privado do Direito de Família, classicamente aceito (GOMES, 2000).



Enfim, para Maria Helena Diniz (2004) filiada ao posicionamento de Orlando Gomes, os alimentos são um direito com conteúdo patrimonial, eis que implicam em obrigação de prestação de coisa, de pagar ou entregar coisa certa, e finalidade pessoal, revestindo-se de caráter extrapatrimonial à medida que se expressa como faceta do personalíssimo direito à vida.

Ainda, segundo Cahali (1998), a obrigação alimentar emana do direito à personalidade, interessando ao alimentado, mas não se lhe negando a necessidade de uma estruturação jurídica, preservando-se a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento regular da vida do indivíduo.

Conclui o autor, assim, pelo caráter publicístico da obrigação alimentar (CAHALI, 1998, p. 36):

Por essa razão, orienta-se a doutrina no sentido de reconhecer o caráter de ordem pública das normas disciplinadoras da obrigação legal de alimentos, no pressuposto de que elas concernem não apenas aos interesses privados do credor, mas igualmente ao interesse geral, assim, sem prejuízo de seu acendrado conteúdo moral, a dívida alimentar *veramente interest rei publicae*; embora sendo o crédito alimentar estritamente ligado à pessoa do beneficiário, as regras que o governam são, como todas aquelas relativas à integridade da pessoa, sua conservação e sobrevivência, como direitos inerentes à personalidade, normas de ordem pública, ainda que impostos por motivos de humanidade, de piedade ou solidariedade, pois resultam do vínculo de família, que o legislador considera essencial preservar.

2.5 Características do Direito à Prestação Alimentícia

150

Como acentua Maria Helena Diniz (2004, p. 502-505), o direito à prestação alimentícia possui as seguintes características. É um “direito personalíssimo”, por visar à proteção da integridade física e intelectual do indivíduo, sendo que sua titularidade não pode ser passada a outra pessoa. É “transmissível”, pois, de acordo com o art. 1.700 do Código Civil, poder-se-á reivindicar a prestação alimentícia dos herdeiros do devedor, guardada a ordem de sucessão, como ressalva o art. 1.697 do Diploma Civil. É “incessível”, por ser um direito personalíssimo, ou seja, um direito inseparável do credor, não podendo ser cedido a outrem, e “irrenunciável”, exceto pelo seu exercício, que pode não ser levado a efeito por quem de direito.

É “imprescritível” enquanto o alimentando tiver a necessidade de recursos indispensáveis a sua sobrevivência, e “impenhorável”, pois o direito à prestação alimentícia tem por finalidade a manutenção das necessidades básicas do indivíduo, não contemplando as suas dívidas. É “incompensável”, já que este modo de extinção obrigacional poderia comprometer a subsistência do alimentando, e “intransacionável”, porque o direito à prestação alimentícia não pode ser objeto de transação, mas tão-somente o valor recebido, seja vencido ou vincendo.

É “atual”, porque o direito à prestação alimentícia deve garantir as necessidades atuais ou futuras, e “irrestituível”, havendo divergência doutrinária nesta característica, porquanto muitos acreditam que, em caso de dolo ou de erro no pagamento de alimentos, caberá a restituição. É “variável”, pois permite revisão, matizando-se de acordo com a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante. E, enfim, é “divisível”, já que poderão ser chamados e determinados a alimentar, de maneira simultânea, na medida da possibilidade de cada um, os parentes do alimentado.



2.6 Características da Obrigação Alimentar

A obrigação de prestar alimentos, por seu turno, apresenta as características de “condicionalidade”, porque vinculada ao preenchimento de certos pressupostos legais; de “mutabilidade” da quantia, que pode sofrer alterações quantitativas e qualificativas, por ocasião de alteração superveniente de seus pressupostos; de “reciprocidade”, já que o devedor dessa relação obrigacional, uma vez necessitando de recursos para si mesmo, pode requerer alimentos da outra parte, tornando-se assim credor; e de “periodicidade”, uma vez que o pagamento de alimentos se protraí no tempo, podendo ser quinzenal ou mensal (DINIZ, 2004, p. 505-506).

3 A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Por um lado os alimentos caracterizam um direito personalíssimo de cunho patrimonial, pois que se reverte em pecúnia ao credor, e extra patrimonial, porque se manifesta eminentemente como expressão do direito à vida. Por outro lado, implicam os alimentos numa obrigação de prestação material, seja de pagar ou de entregar coisa certa.

Sendo uma “relação patrimonial de crédito-débito”, nos dizeres de Orlando Gomes e Maria Helena Diniz (2004), tem-se que vinculará o sujeito ativo a uma prestação em prol do sujeito passivo.

4 PRESSUPOSTOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Os pressupostos da obrigação alimentar extraem-se do art. 1.695 do Código Civil, que reza: “São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

Complementando, preconiza o §1º, do art. 1.694 que: “Os alimentos devem ser fixados na proporção da necessidade do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”. Assim, elencam-se: a) existência de companheirismo, vínculo de parentesco ou conjugal entre alimentante e alimentado, com limitação do dever decorrente do parentesco, sendo a obrigação do ex-cônjuge ou ex-companheiro sucessiva do dever de mútua assistência; b) necessidade do alimentando, consubstanciada na ausência de bens e na impossibilidade de prover, pelo seu trabalho, à própria subsistência, seja por moléstia, invalidez ou velhice; c) possibilidade econômica do alimentante, sem desfalque do necessário ao próprio sustento e; d) proporcionalidade entre a necessidade do alimentado e os recursos econômicos do alimentante.

Deveras, há sopesarem-se os valores das citadas necessidade e possibilidade, a fim de não viabilizar enriquecimento do alimentado em detrimento do alimentante. Confira-se o comentário de Venosa (2007, p. 340):

Não podemos pretender que o fornecedor de alimentos fique entregue à necessidade, nem que o necessitado se locuplete a sua custa. Cabe ao juiz ponderar os dois valores de ordem axiológica em destaque. Destarte, só pode reclamar alimentos quem comprovar que não pode sustentar-se com o seu próprio esforço. Não podem os alimentos converter-se em prêmio para os néscios e descomprometidos com a vida. Se, no entanto, o alimentando



encontra-se em situação de penúria, ainda que por ele causada, poderá pedir alimentos. Do lado do alimentante, como vimos, importa que ele tenha meios de fornecê-los: não pode o Estado, ao vestir um santo, desnudar o outro. Não há que se exigir o sacrifício do alimentante. Lembre-se que em situações definidas como sendo de culpa do alimentando, os alimentos serão apenas os necessários, conforme o §2º do art. 1.694, mas os demais princípios continuam aplicáveis.

5 SUJEIÇÃO ATIVA E PASSIVA

5.1 Na Obrigação Alimentar Derivada do Parentesco.

Para a indicação das pessoas obrigadas a prestarem alimentos, é imperioso consignar que são diferentes relativamente aos alimentos derivados do parentesco, do casamento e da união estável. Nos primeiros, há reciprocidade entre pais e filhos quanto ao dever de prestá-los, por força do art. 1.696 do Código Civil, que estatui: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

Note-se que, se houver mais de um parente em mesmo grau, com condições de alimentar, não há de falar-se em solidariedade, mas em divisibilidade da obrigação, colaborando cada um com uma quota parte do *quantum* obrigacional, pela inteligência do art. 1.698 do Diploma Civil.

152

Dessa forma, diante da reciprocidade do dever alimentício, sujeitos ativos e passivos da obrigação alimentar decorrente de parentesco podem ser os ascendentes, os descendentes e os colaterais de segundo grau, nessa ordem, uns em falta dos outros, segundo o art. 1.697 do Código Civil, que dispõe: “Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.”

A falta de parentes deve ser entendida como a morte ou invalidez deles, bem como a impossibilidade econômica de prestar os alimentos. Frise-se que a afirmação de que a obrigação recai nos parentes obrigados, uns na falta de outros, não importa na exclusão dos mais remotos pela existência de mais próximos, pois que, em caso de o mais próximo não puder prestar alimentos ou só puder parcialmente, poderão os mais remotos ser chamados a fazê-lo, estabelecendo-se, assim, subsidiariedade.

Por fim, consigne-se que os filhos extra-matrimoniais ou ilegítimos, ainda assim denominados a título didático, e os adotivos igualam-se juridicamente aos demais, ressalvando-se quanto a estes a inexistência de parentesco com os pais biológicos, deles não podendo exigir os alimentos e vice e versa.

5.2 Na Obrigação Alimentar Derivada do Casamento e do Companheirismo

Os sujeitos ativos e passivos da obrigação alimentar derivada de companheirismo ou vínculo matrimonial, por sua vez, são os consortes ou cônjuges e os companheiros, reciprocamente, máxime porque o fundamento dessa *obligatio* não é o parentesco, mas o dever de mútua assistência estabelecido pela lei, bem como os de sustento e socorro, implícitos na ordem jurídica, entre cônjuges e modernamente entre companheiros.

Afora dissensos doutrinários e jurisprudenciais, é de se destacar que a união



estável, ao menos no tocante aos alimentos, goza de mesmo tratamento jurídico que o casamento, o que se infere do art. 1.694 do Código Civil, transcrito ao norte.

6 QUANTUM OBRIGACIONAL

No que tange à extensão econômica, isto é, ao *quantum debeatur* da obrigação alimentar, a lei não estabelece critérios objetivos para sua aferição. O que faz a legislação é determinar que haja, na fixação dos alimentos, proporcionalidade entre a necessidade do alimentado e os recursos do alimentante, de tal sorte que se atenda ao binômio necessidade/possibilidade. Tais critérios devem constituir o paradigma para que o juiz prudentemente arbitre a extensão econômica dos alimentos.

Não há de se falar que os critérios sejam objetivos, porquanto restarão à análise subjetiva do magistrado, por meio de juízo de valor. Ora, é ele quem avaliará, por meio das provas produzidas no processo, quais as necessidades do alimentado e qual valor poderá supri-las, além da possibilidade do alimentante, de acordo com os seus rendimentos, de forma a não relegá-lo à lazeira.

Esclarecedora é a lição de Cahali (1998, p. 755):

Assim, na determinação do *quantum*, há de se ter em conta as condições sociais da pessoa que tem direito aos alimentos, a sua idade, saúde e outras circunstâncias particulares de tempo e de lugar, que influem na própria medida; tratando-se de descendente, as aptidões, preparação, e escolha de uma profissão, atendendo-se ainda que a obrigação de sustentar a prole compete a ambos os genitores; com relação à esposa, preconiza-se a concessão de alimentos, na quantidade necessária a manter a sua situação econômica e social equivalente àquela que mantinha por ocasião da vida em comum, e o padrão de vida da sociedade conjugal que se desconstituiu, embora se tenha de reconhecer que, na atualidade, “em razão da separação do casal, a mulher terá de entender dever se adaptar a uma nova realidade, não podendo exigir permanência do *status quo ante*, com o mesmo padrão de vida que suportaria se separada não fosse do cônjuge, pois isto é fruto da própria contingência.

Diz-se, portanto, que a fixação dos alimentos é postergada ao prudente arbítrio do juiz, que cautelosamente deve fazê-lo.

6.1 O Binômio Necessidade/Possibilidade

Preconiza o art. 1.695 do Código Civil que: “São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.”

Aí reside o binômio necessidade/possibilidade, constituído pelo processo cognitivo indutivo, por meio do qual o juiz, fornido de provas suficientes, proceda à aferição da situação material das partes para fixar um montante estabelecido na proporção entre as necessidades do alimentado e os recursos do alimentante.

As provas produzidas no processo, com atuação comissiva do juiz na condução e destinação da instrução probatória, hão de demonstrar a verdadeira situação socioeconômica dos sujeitos da obrigação.



Haverão os órgãos jurisdicionais de sopesar valores tanto econômicos como de índole extra patrimonial, a fim de concluir pela quantia suficiente para a cobertura dos gastos do alimentado, sem o desfalque do necessário ao sustento do alimentante.

6.2 Necessidade

O cânone da necessidade deve ser analisado em cada caso concreto, perquirindo-se necessidades alimentares *stricto sensu*, isto é, aquelas atendidas pelos alimentos naturais, como alimentação, vestuário, cura etc., além das necessidades educacionais, culturais, sociais, entre outras, com a relevância da condição social dos envolvidos na relação alimentar.

A Lei Civil pressupõe a ausência de bens do alimentário para fins de concessão dos alimentos, o que, todavia, não pode ser interpretado literalmente. Somente ilidirá a pretensão alimentícia a existência de bens que produzam rendimento suficiente para a manutenção do beneficiário (CAHALI, 1998).

A questão do alimentando ter a propriedade de bens mostra-se controversa. Há quem diga que o simples fato dele tê-los excluiria a pretensão aos alimentos, porque poderia aliená-los a fim de subsistir. Outros afirmam que a venda de tais bens, servindo à satisfação apenas temporária das necessidades, não se prestariam a outra consequência que não a dilapidação patrimonial. Manter-se-ia por algum tempo, mas, depois, acabaria precisando dos alimentos de novo, configurando a necessidade e autorizando a nova fixação do beneplácito (CAHALI, 1998).

154

Pressupõe a lei, também, a impossibilidade do alimentado de prover à própria manutenção, sendo certo que tal pode originar-se de incapacidade laborativa, física ou mental, moléstia, inadaptação ou falta de maturidade para exercer um ofício, idade avançada, calamidade pública e crise econômica (CAHALI, 1998, p. 747).

Adverte Cahali, aludindo à Lourenço Lopes (1998, p. 747-748), que o sujeito capaz e válido deverá comprovar que não logra trabalho ou que tem dificuldades para tanto, por razões personalíssimas ou que atinam ao mercado de trabalho.

Certo é que o exercício de uma arte, profissão, ou ofício pelo alimentando não impede a pretensão complementar de alimentos, para proporcionar o mesmo *status* social do alimentante ou restabelecê-lo à ex-conjuge ou ex-companheira. Todavia, se há superveniência de emprego para o alimentário, confere-se ao alimentante, por conseguinte, o direito de não só de rever o *quantum*, mas de tentar exonerar-se dele.

No que pertine aos cônjuges, a regra da compatibilização dos alimentos com a condição social anterior não é absoluta, tendo em vista que na separação há partilha de bens e recursos, o que por si só importará no declínio de padrão. Outrossim, não cessa o direito aos alimentos se a mulher, ex-cônjuge, recebe auxílio dos genitores ou de terceiros desobrigados.

6.3 Possibilidade

No que pertine à possibilidade do alimentante, leia-se, capacidade econômica, deve-se ter em mente os rendimentos dele e não o valor de seus bens, pois, como já dito, não se pode compeli-lo a vender seus bens para satisfazer a obrigação que lhe cabe.

Ademais, a capacidade econômica do devedor de alimentos deve ser considerada com a subtração das suas despesas, de modo que se evidencie seu patrimônio líquido, sobre



o qual incidirá o cálculo. Por óbvio, a insolvência do alimentante impede a fixação dos alimentos. O magistério de Venosa é pertinente (2007, p. 360):

Não tem o alimentante, por seu lado, obrigação de dividir sua fortuna com o necessitado. O espírito dos alimentos não é esse. O pagamento é periódico, tendo em vista a natureza dessa obrigação. Nessa fixação reside a maior responsabilidade do juiz nessas ações. Nem sempre será fácil aquilatar as condições de fortuna do indigitado alimentante: é freqüente, por exemplo, que o marido ou pai, sabedor que poderá se envolver nessa ação, simule seu patrimônio, esconda bens e se apresente em juízo como um pobre eremita. Desse modo, a prova dos ganhos do alimentante é fundamental. Não há norma jurídica que imponha um valor ou padrão ao magistrado. Quando se trata de pessoa assalariada regularmente, os tribunais têm fixado a pensão em torno de um terço dos vencimentos, mormente quando trata de alimentos pedidos pela mulher ao marido.

Atente-se ainda para a observação de Cahali (1998, p. 752-753):

Do mesmo modo, aquele que dispõe de rendimentos modestos não pode sofrer a imposição de um encargo que não está em condições de suportar; pois se a justiça obrigasse quem dispõe apenas do indispensável para viver, sem sobras, e mesmo com faltas, a socorrer outro que está na miséria, “ter-se-ia uma partilha de misérias”.

Desse modo, a base de cálculo da obrigação serão os rendimentos do obrigado, abrangido tudo o que acresça sua remuneração, de maneira não eventual. Entenda-se que rendimentos correspondem às expressões vencimentos, salários ou proventos, quando desacompanhados de ressalvas.

155

6.4 Proporcionalidade

O critério da proporcionalidade é desprovido legalmente de percentuais pré-fixados, até porque demasiado relativo, na mesma esteira do que se passa com os pressupostos da necessidade e da possibilidade. A proporcionalidade deverá ser aferida com relação às grandezas da necessidade e da possibilidade, porém não de modo aritmético, viabilizando uma apreciação justa de cada caso concreto.

É cediço que há praxe de fixação dos alimentos em 1/3 e até mesmo 2/5 dos rendimentos do alimentante. Entretanto tal critério não é absoluto. Sérgio Gilberto Porto explica que (2003, p. 23):

A jurisprudência vem sinalizando, em certas hipóteses, que um critério razoável para a fixação dos alimentos seria aquele que atribui um terço dos rendimentos líquidos do devedor ao credor. Todavia, importante que se registre, nada obsta que os valores a serem pagos fiquem aquém ou ultrapassem o percentual referido, pois a lei não quer o perecimento do alimentado, mas também não deseja o sacrifício do alimentante.

Cahali (1998, p. 757) corrobora o caráter não impositivo desse critério desenvolvido pela jurisprudência, observando ainda que:

Somente é admissível a fixação de alimentos em percentagem sobre os ven-



cimentos do alimentante quando estes são determinados em remuneração fixa; assim, “sendo o alimentante profissional liberal, com rendimentos auferidos de diversas fontes em importâncias variáveis, afigura-se mais razoável, a fim de evitar dificuldade na execução, a fixação de quantia certa, sujeita a reajustes semestrais, do que a adoção de percentual sobre ganhos que teriam de ser apurados e investigados mensalmente.”

Sabe-se também que a jurisprudência vinha fixando um critério de percentual dinâmico, de modo que houvesse reajuste automático do valor da obrigação, fulcrado no art. 22 da Lei do Divórcio, quando do aumento dos rendimentos do alimentante. Tal metodologia, no entanto, vem sendo substituída pelo critério da fixação da obrigação em quantia certa, segundo jurisprudência dos tribunais pátrios.

O critério adotado para fins de quantificação e reajuste dos alimentos deve, sobretudo, voltar-se à materialidade fática, ou seja, às circunstâncias do caso concreto. Além disso, há controvérsia também no que atine à instrução e educação do alimentário. Uns advogam pela tese de que só será devido o custeio de gastos destinados ao aprimoramento intelectual do alimentado menor de idade ou do maior que curse ensino superior e não tenha rendimentos, ou que, tendo-os, não sejam suficientes para atender a todas as suas necessidades. Outros há, em minoria, que defendem a extensão da cobertura de gastos educacionais ao dever de sustento, assegurando ao ex-cônjuge ou ex-companheiro a verba para suprimento dessas necessidades, conferindo-se-lhes os alimentos cômputos ou civis.

Cogita-se ainda sobre a possibilidade de a obrigação alimentar abranger as dívidas do alimentado, inclusive as de honra, o que enseja discrepância no entendimento doutrinário. Afirmam, quem defende a possibilidade, devem essas dívidas ser pagas se contraídas para fins alimentares, à medida que o alimentante estivesse impossibilitado de acionar os obrigados a supri-lo. Cahali (1998, p. 760), todavia, entende que não há de pagar tais dívidas, “visto que, mesmo para o futuro, a obrigação depende duma sentença, baseada na prévia averiguação de todas as circunstâncias legais em que tal obrigação poderia ser imposta”. Somente as admite se adquiridas como elementos componentes da situação de necessidade, respeitada a possibilidade do alimentante.

Quanto ao pagamento de alimentos por quem não é obrigado, há direito de regresso contra quem os devedores de alimentos. Relativamente a gastos extraordinários do alimentando, afirmam alguns que devem ser custeados com os recursos provenientes da pensão alimentícia, por administração do beneficiário, não sendo pagas separadamente, ao que se contra-põem outros.

Consigne-se que, na jurisprudência, há orientação nos dois sentidos, soando razoável que o alimentante quite suas dívidas extraordinárias com a pensão ordinariamente recebida, ressalvando-se que, se o valor fixo da obrigação pode ser revisto a qualquer momento, havendo necessidade, poderá, *a fortiori*, ser admitido o pedido de uma prestação única para satisfação de necessidade especial e transitória.

7 JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência a respeito do *quantum* da obrigação alimentar é oscilante, como não poderia deixar de sê-lo, até pela circunstancialidade do caso concreto. Senão, veja-se:

156



AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - ALIMENTOS PROVISIONAIS - FIXAÇÃO LIMINAR - QUANTIFICAÇÃO QUE, EM PRINCÍPIO, DIANTE DA PROVA ATÉ ENTÃO PRODUZIDA NOS AUTOS, DEMONSTRA-SE CORRETA - RECURSO DESPROVIDO. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, em atendimento ao princípio do binômio necessidade/possibilidade.

(TJPR - 11ª C. Cível - AI 0493022-3 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Juiz Subst. 2º G. Luiz Antônio Barry - Unânime - J. 27.08.2008)

APELAÇÃO CÍVEL DA AUTORA - AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO C/C PARTILHA DE BENS E ALIMENTOS - **ALIMENTOS FIXADOS EXCLUSIVAMENTE EM PROLA DA FILHA DOS LITIGANTES, EM VALOR CORRESPONDENTE A 25% DOS RENDIMENTOS LÍQUIDOS DO ALIMENTANTE - PRETENDIDA MAJORAÇÃO - INVIABILIDADE, PORQUANTO A QUANTIFICAÇÃO FOI ESTABELECIDA COM LASTRO NOS ELEMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS E EM ATENDIMENTO AO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE** - ADEMAIS NÃO COMPROVADA A UNIÃO ESTÁVEL, ERA IMPOSSÍVEL MESMO FALAR-SE EM ALIMENTOS À SUPOSTA COMPANHEIRA - RECURSO DA AUTORA DESPROVIDO. ADEMAIS NÃO COMPROVADA A UNIÃO ESTÁVEL, ERA IMPOSSÍVEL MESMO FALAR-SE EM ALIMENTOS À SUPOSTA COMPANHEIRA APELAÇÃO CÍVEL DO REQUERIDO - LEGITIMIDADE ATIVADA MÃE PARA PLEITEAR ALIMENTOS EM NOME DA FILHA INFANTE - OCORRÊNCIA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO DETECTADA NO AGIR DA AUTORA - PRETENSÃO DO PAI DE ALTERAÇÃO DA GUARDA DA FILHA, QUE FORA DEFERIDA À MÃE - INVIABILIDADE - REDUÇÃO DA VERBA ALIMENTAR - NÃO COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA A JUSTIFICAR ESSA PRETENSÃO - RECURSO DO REQUERIDO TAMBÉM A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(TJPR - 11ª C. Cível - AC 0435567-7 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Cunha Ribas - Unânime - J. 30.01.2008)

(grifou-se)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE ALIMENTOS - **FIXAÇÃO EM 75% (SETENTA E CINCO POR CENTO) DO SALÁRIO MÍNIMO - VALOR INSUFICIENTE PARA COBRIR AS DESPESAS MENSIS DA MENOR - PEDIDO DE ELEVAÇÃO PARA UM SALÁRIO MÍNIMO - INDÍCIOS DE GANHOS RAZOÁVEIS - MANUTENÇÃO DO PADRÃO DE VIDA FAMILIAR - GENITOR QUE PODE E DEVE CONTRIBUIR PARA O SUSTENTO DA FILHA - BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - ALIMENTOS MAJORADOS PARA O PATAMAR PRETENDIDO - SUCUMBÊNCIA TOTAL DO ALIMENTANTE - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO PROVIDO.**

(TJPR - 11ª C. Cível - AC 0531097-6 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Eraclés Messias - Unânime - J. 20.05.2009)

(grifou-se)

REVISIONAL DE ALIMENTOS - **FIXAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA NA EM 50% DOS RENDIMENTOS DO ALIMENTANTE PARA SUAS DUAS FILHAS MENORES** - SUPERVENIÊNCIA DA MAIORIDADE DAS ALIMENTANDAS - APTIDÃO PARA O TRABALHO - RENDIMENTOS IRRISÓRIOS DO ALIMENTANTE JUNTO AO INSS - PROBLEMAS DE



SAÚDE E DESEMPREGO - PEDIDO DE REDUÇÃO - INDEFERIMENTO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NECESSIDADE DE RESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO DO PENSIONAMENTO ALIMENTAR - **REDUÇÃO PARA 30% DOS RENDIMENTOS MENSASIS** - POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO - DECISÃO REFORMADA.

(TJPR - 12ª C. Cível - AI 0440071-9 - Londrina - Rel.: Des. José Cichocki Neto - Unânime - J. 24.09.2008)

(grifou-se)

8 CONCLUSÃO

O direito à prestação alimentícia e a obrigação alimentar correspondente devem respeitar os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, de modo que os órgãos jurisdicionais, ao quantificar a obrigação, devem fazê-lo com fulcro no binômio necessidade/possibilidade.

Por meio deste processo de aferição da necessidade do alimentado e da possibilidade do alimentante, com a inarredável instrução probatória, haverá o juiz de sopesar valores tanto econômicos como de cunho extra-patrimonial, a fim de concluir pelo numerário suficiente para a cobertura dos gastos do alimentado, sem o desfalque do necessário ao sustento do alimentante.

No tocante às provas, deve-se, aqui, dispensar demasiada cautela na apreciação dos meios apresentados, determinando o juiz a produção de quaisquer outras que entender indispensáveis ao deslinde da causa, de acordo com sua conveniência, já que é o destinatário da prova, sem prejuízo de que se utilize das regras de experiência.

158

Munido de provas bastantes, deverá o juiz fixar o montante dos alimentos devidos, proporcionalmente, resolvendo a causa com justiça e equidade.

Dessa forma, estabelecer o *quantum debeat* da obrigação alimentícia constitui tarefa árdua a ser exercida pelos órgãos jurisdicionais, atendendo ao binômio necessidade do alimentado – possibilidade do alimentante.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5. 19 ed. rev., aum. e atual. (Lei n. 10.046, de 10-1-2002) e Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 13 ed. rev. atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e prática dos alimentos**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. Coleção direito civil. v. 6. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.



CONTRATOS BANCÁRIOS À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NA BUSCA PELA JUSTIÇA

Vanessa Berg da Silva*

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo principal mostrar que só há segurança jurídica, quando a Justiça for alcançada. No âmbito dos contratos bancário, fica mais difícil a busca pela justiça, uma vez que, na relação consumidor (cliente) x fornecedor (bancos), o primeiro é evidentemente mais frágil, demonstrando um grau de hipossuficiência mais acentuado quando comparado a outros institutos contratuais, tornando maior a procura do Judiciário para soluções dos conflitos. E quanto maior esta procura, mais se vê a aplicação do princípio da segurança jurídica e, conseqüentemente, a Justiça como resultado final dos conflitos.

Palavras-chave: Princípio da Segurança Jurídica. Contratos Bancários. Justiça.

ABSTRACT

The present essay tried to show that there is legal certainty only when justice is achieved. When it comes to banking contracts, legal certainty is more difficult to be achieved due to the fact that the consumer is the weakest part, specially if compared to other contracts. In fact, the Judiciary is mostly demanded when it comes to contract banking. And, the bigger the demand, the bigger the applicability of the principle concerning the legal certainty and therefore the justice as a final result of a conflict.

159

Keywords: Principle of the Legal Security. Banking Agreement. Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 PRINCÍPIOS. 2.1 Princípios Constitucionais. 2.1.1 Princípio da Isonomia. 2.1.2 Princípio da Publicidade. Princípios no Código de Defesa do Consumidor. 2.2.1 Princípio da Vulnerabilidade. 2.2.2 Princípio da Boa-Fé Objetiva. 3 CONTRATOS BANCÁRIOS. 3.1 Espécies de contratos bancários. 3.1.1 Contrato de Conta Corrente. 3.1.2 Contrato de Abertura de Crédito. 3.2 Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos Bancários. 4 SEGURANÇA JURÍDICA APLICADA AOS CONTRATOS BANCÁRIOS. 4.1 Incidência da Segurança Jurídica nos Contratos Bancários. 4.2 O Desvirtuamento do Princípio da Segurança Jurídica nos Contratos Bancários. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Embebido numa realidade diária, pontual no tempo e no espaço, raramente se dá conta de que esta mesma realidade social é fruto de um processo histórico, pois é certo que a sociedade, como se conhece, não existiu desde sempre.

* Bacharel em Direito pela UniFil – Centro Universitário Filadélfia



O Direito surge da conclusão de que é preciso estabelecer parâmetros de comportamento, regras de conduta que possam viabilizar a convivência em sociedade dentro de uma perspectiva racional, e, dentro do Direito, as diversas espécies de relações humanas recebem diferenciado tratamento, conforme seja sua natureza.

Aos princípios restou o papel de ser o instrumento mais incisivo do ordenamento jurídico, resultado da organização das normas, para intervir na sociedade, conformando comportamentos a uma pauta predefinida. Se determinado comportamento fere esta pauta, estabelecida a partir de um juízo de valoração, há a interferência do Estado, visando aplicar uma sanção, caracterizando um mecanismo de coerção.

Nesse passo, é que o Princípio da Segurança Jurídica se encontra intensamente relacionado ao Estado Democrático de Direito, podendo ser considerado inerente e essencial a este, sendo um de seus princípios basilares que lhe dão sustentação. Assim, vale ressaltar que o Princípio da Segurança Jurídica possui conexão direta com os direitos fundamentais e ligação com determinados princípios que dão funcionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como a irretroatividade da lei, o devido processo legal, o direito adquirido, entre outros.

Nessa ocasião, fica em evidência a discussão da importância e observância do Princípio da Segurança Jurídica, principalmente no meio jurídico, já que este é quem fornece o respaldo legal às inovações trazidas ao ordenamento.

No âmbito dos contratos bancários, este princípio se faz ainda mais importante, uma vez que a hipossuficiência do cliente, frente aos bancos, conduz a relação contratual para que o interesse dos bancos seja melhor atendido, tornando o cliente a parte mais fraca da relação contratual, o que, na maioria das vezes, conduz a solução dos conflitos para o Poder Judiciário, que se faz valer do Princípio da Segurança Jurídica para a aplicação da Justiça ao caso concreto.

160

Dessa forma, o presente estudo tem a finalidade de fazer uma breve análise dos principais pontos referentes ao tema em questão, já que a aplicação do Princípio da Segurança Jurídica aos Contratos Bancários solidifica o ordenamento jurídico pátrio no que se refere às soluções referentes a esta matéria.

2 PRINCÍPIOS

Toda forma de conhecimento científico ou filosófico implica na existência de princípios. E princípios nada mais são do que um enunciado lógico, admitido como uma base de validade ou como uma condição de asserções que compõem certo campo do saber (REALE, 2003, p. 303).

Baseado no sentido lógico da palavra, os princípios podem ser vistos como “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, segundo as palavras de Miguel Reale (2003, p. 303), tendo em vista tratar-se de algo evidente, por ter sido comprovado ou, simplesmente, por ser um pressuposto exigido pelas necessidades da pesquisa.

Vicente Rao (1952, p. 275), ao citar Del Vecchio, assevera que este, ao examinar os princípios gerais do Direito, impôs a condição de que os princípios e as regras particulares e legais não podem estar em desacordo, uma vez que tal condição é essencial para a formação de conjunto coerente e lógico, e conseqüentemente possa oferecer uma diretriz segura e inequívoca, não comportando situações contraditórias.



Ao se fazer uma análise mais aprofundada, na realidade, os princípios, em sua função integradora, possuem uma abrangência muito mais ampla do que se imagina, visto que “o Direito vigente está impregnado de princípios até as suas últimas ramificações” (REALE, 2003, p. 304). Por essa razão, Vicente Rao (1952, p. 278) questiona o significado da correspondência dos princípios gerais de direito com a natureza das coisas, e, ao citar Espínola, assevera o seguinte:

Os princípios gerais de direito são os que correspondem àquele ordenamento imanente às relações da vida (*natureza das coisas*), no qual o próprio legislador vai haurir os seus mandamentos; tem um caráter universal, perdurando uns através dos tempos, outros se modificando, para acomodarem-se à evolução das instituições sociais, políticas, morais, econômicas, de que resultam sérias transformações na ordem jurídica.

Mais especificamente, existem os princípios gerais do direito, que, conforme entendimento de Nelson Nery Junior (2003, p. 143), são regras que, na interpretação da relação jurídica discutida em juízo, norteiam o juiz quando da sua decisão. Assevera ainda que as cláusulas gerais são enunciados, letras, feitas pela lei que necessitam de valoração para que o juiz possa preencher seu conteúdo, para que este possa decidir de acordo com os critérios da própria lei, ou se esta não for possível, para que o juiz possa dar à lide uma solução mais adequada ao caso concreto.

Referido entendimento já está positivado no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, assim redigido: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Com isto se vê que o próprio legislador reconhece que o sistema de leis não consegue cobrir todo o campo de acontecimentos de uma sociedade, já que, para o grande número de situações imprevistas, fica impossível para o legislador vislumbrar todas essas situações (REALE, 2003, p. 304).

Logo, é possível perceber que, na falta de legislação direta ou indireta, através da analogia, os princípios adquirem força de lei, ou seja, força normativa, que auxiliam na solução de controvérsias submetidas a juízo (RAO, 1952, p. 274).

Vale salientar que, apesar de positivados e de possuírem força normativa, os princípios, mesmo não constando nos textos legais, representam contextos, podendo até mesmo se tornar modelos fundamentais doutrinários ou dogmáticos (REALE, 2003, p. 305).

Se nem a própria ciência do direito fornece a regra aplicável à controvérsia, a filosofia do direito, juntamente com direito natural, reúne os princípios fundamentais de todos os ramos da ciência jurídica, onde, segundo Vicente Rao (1952, p. 280), formar-se-á a unidade do conhecimento do direito. E, dada a sua importância, são os princípios de alguns destes outros ramos do direito que serão vistos a seguir.

2.1 Princípios Constitucionais

No âmbito do Direito Constitucional existem vários princípios. No entanto serão citados apenas dois, tendo em vista ser os que mais se aplicam ao presente estudo.



2.1.1 Princípio da Isonomia

Princípio constitucional que estabelece igualdade de tratamento, ou seja, que todos são iguais perante a lei, o princípio da isonomia está positivado no art. 5º, *caput*, e inciso I da Constituição Federal (NERY JUNIOR, 2002, p. 44).

Ao se falar em igualdade de tratamento, não se refere à acepção literal da palavra, mas sim em uma construção ideológica em que o tratamento visa, segundo as palavras de Aristóteles, “tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem”. Isso significa que a regra de igualdade é relativa, uma vez que, em situações com particularidades, é indispensável o tratamento desigual.

Fica claro que a Constituição e os Tribunais não permitem qualquer tipo de diferença no tratamento, desde que as situações sejam iguais entre si. No âmbito dos Contratos Bancários, não pode ser diferente, apesar de tratar-se de um procedimento bastante burocrático e um pouco mecanizado, o que acaba permitindo com mais facilidade que os iguais sejam tratados de forma desigual. No entanto, esse é o momento de socorrer-se do Poder Judiciário Brasileiro que possui, como base sólida, os princípios que o norteiam.

2.1.2 Princípio da Publicidade

O Princípio da Publicidade é mais uma garantia constitucional, com previsão no art. 5º, LX: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. No que se refere aos atos processuais, a previsão está no art. 93, IX, primeira parte: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos (...)” (NERY JUNIOR, 2002, p. 173).

A publicidade dos atos processuais é indispensável, podendo este ser considerado nulo se comprovada a sua não transparência, salvo nos casos justificados.

Vê-se muito, em diligências forenses, o uso de pastas que não podem ser retiradas do cartório nem mesmo para cópia, sendo liberada a vista dos documentos contidos nela apenas no balcão e somente para o procurador cadastrado nos autos.

O sigilo bancário é algo de extrema relevância, tendo em vista a possibilidade do uso das informações pertencentes ao cliente para a realização de fraudes e demais condutas, consideradas ilícitas perante a lei. E é exatamente por este e outros motivos que a Constituição, juntamente com os Tribunais, tem entendido que este princípio é tão importante para a manutenção da segurança da informação.

2.2 Princípios no Código de Defesa do Consumidor

Da mesma forma, existem vários princípios no âmbito do Direito do Consumidor. Entretanto serão citados apenas dois, já que são estes que se enquadram diretamente ao presente estudo.



2.2.1 Princípio da Vulnerabilidade

O Princípio da Vulnerabilidade atua como elemento informador da Política Nacional das Relações de Consumo, ou seja, é um atributo de ordem universal que expressa o desequilíbrio fático da relação de consumo, sendo tido como o núcleo base de onde se irradia todos os outros princípios informadores do Código de Defesa do Consumidor.

O inciso I, do art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor deixa claro que o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo. Essa fragilidade é real, concreta e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica (o fornecedor que escolhe o que, quando e de que forma produzir, ficando o consumidor com escolha reduzida) e outro de cunho econômico (a capacidade econômica do fornecedor, via de regra, é maior do que a do consumidor) (NUNES, 2009, p. 129).

A jurisprudência já reconhece tal entendimento, conforme se verifica em julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

DIREITO CIVIL - DIREITO DO CONSUMIDOR - CONTRATO DE SEGURO - VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR RECONHECIDA - VENDAVAL - PREJUÍZOS MATERIAIS VERIFICADOS E COMPROVADOS - CLÁUSULA AMBÍGUA E OSCURA QUANTO A ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE REFERENTE AO TOLDO - INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO ADERENTE - INDENIZAÇÃO DO TOLDO DEVIDA - CLÁUSULA DE ISENÇÃO ENVOLVENDO VEÍCULOS DE TERCEIRO - CLARA E EXEQUÍVEL - DANO MORAL DA PESSOA JURÍDICA - HONRA OBJETIVA NÃO OFENDIDA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJPR - 10ª C. Cível - AC 0366930-1 - Foz do Iguaçu - Rel.: Juíza Subst. 2º G. Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes - Unânime - J. 12.04.2007)

163

Quando se fala em contratos bancários, fica ainda mais evidente a hipossuficiente do cliente, tendo em vista que este precisa acatar as condições impostas pela instituição financeira, caso contrário, não poderá se tornar cliente daquele banco.

Muitas vezes o cliente se vê numa situação de necessidade, precisando de um empréstimo, por exemplo, e acaba contratando um serviço com taxas exorbitantes e juros altíssimos, sem nem mesmo possuir qualquer “poder de barganha”. Afinal, ou o cliente aceita as taxas e os juros impostos, ou fica sem o empréstimo que tanto precisa.

2.2.2 Princípio da Boa-Fé Objetiva

O Princípio da Boa-Fé Objetiva pode ser definido como sendo uma regra de conduta que o Código de Defesa do Consumidor traz em seu art. 4º, III, ou seja, as partes têm o dever de agir em conformidade com certos parâmetros de honestidade e lealdade, com a finalidade de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo (NUNES, 2009, p. 132). Assim está redigido:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)



[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

[...]

Vale salientar que a boa-fé é uma presunção de lealdade na relação de consumo, ou seja, a boa fé objetiva é ética negocial. Caso haja a existência de má-fé, esta deverá ser comprovada.

Segue um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em que foi comprovada a má-fé do consumidor ao emitir cheques depois de já ter encerrado sua conta no banco:

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - CHEQUE PÓS-DATADO - DEVOLVIDO POR AUSÊNCIA DE CONTA-CORRENTE REGULAR - VIOLAÇÃO DA BOA FÉ OBJETIVA - INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE CHEQUES SEM FUNDOS - CCF E SERASA - PERTINÊNCIA INTELIGÊNCIA ART. 43, § 4º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO ART. 422 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. 1. A existência dos bancos de dados individuais de pessoas inadimplentes tem por finalidade a proteção coletiva de todos aqueles que atuam no comércio. 2. A emissão de cheque sem conta corrente aberta, regular e com provisão de fundos, constitui violação do princípio da boa fé objetiva, e se o emitente de um cheque negligencia o seu pagamento, encerrando a respectiva conta-corrente e obstando o adimplemento com falta de provisão de fundos, tem o banco legítimo interesse de incluir o correntista no cadastro de emitente de cheque sem fundos-CCF, e conseqüentemente ter o registro na SERASA. Nesse caso, não há ilegalidade se a inscrição decorre de informação que condiz com a realidade. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(TJPR - 9ª C. Cível - AC 0380992-3 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Desª Rosana Amara Girardi Fachin - Unânime - J. 15.03.2007)

Assim, este princípio assume uma dupla função com relação não só aos contratos bancário, mas em todos os tipos de contratos encontrados no Ordenamento Jurídico Brasileiro: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos e, 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos.

3 CONTRATOS BANCÁRIOS

As operações bancárias se dão por meio dos contratos bancários. O contrato bancário, como todo contrato, é um fato jurídico. E dentro do gênero fato jurídico, normalmente é enquadrado especificamente como negócio jurídico. Deste modo, dentro do âmbito das operações bancárias, os contratos bancários funcionam como seu esquema jurídico, gerando direitos subjetivos e deveres jurídicos, ou seja, a intermediação do crédito (RIZZARDO, 1997, p.18).

Mais especificamente contrato bancário é um negócio jurídico concluído por um Banco no desenvolvimento de sua atividade profissional e para a consecução de seus próprios fins econômicos, tendo como função mais importante a creditícia.



3.1 Espécies de Contratos Bancários

Na extensa gama da atividade bancária, cabe identificar os principais contratos, que podem ser assim classificados (tipos de contratos): contrato de moeda e crédito, depósito e financiamento; contrato misto, de crédito e serviços (intermediação bancária); e contrato de serviços (garantia, custódia, cofre, etc.).

3.1.1 Contrato de Conta Corrente

O contrato de conta corrente é o contrato pelo qual o banco recebe numerário do correntista ou de terceiros e se obriga a efetuar pagamentos por ordem do cliente, pela utilização daqueles recursos, com ou sem limite de crédito.

Com relação às características, é oportuno destacar: I – consensual, uma vez que se estabelece mediante o simples acordo de vontade; II – informal, porque não requer forma própria para sua constituição; III – normativo, tendo em vista servir para regular as relações futuras entre as partes; IV – de duração ou de execução continuada, porquanto no desempenho do mandato que o cliente confere ao banco, este deve praticar uma série de obrigações que se estendem no tempo; V – bilateral; VI – oneroso (ABRÃO, 1996, p. 135).

É o contrato mais é pactuado, uma vez que a maioria das pessoas, mesmo as que possuem menor potencial econômico, são titulares de uma conta corrente em um banco, seja pela comodidade que lhes são oferecidas e/ou, inclusive, pela segurança de não mais precisar circular com pecúnia, podendo efetuar seus pagamentos através de débitos em conta.

Ficou evidenciado o erro do banco, uma vez que a compensação do cheque não foi efetuada mesmo diante de saldo suficiente em conta. Neste caso, o banco deve ser condenado ao pagamento de danos materiais e morais, tendo em vista o constrangimento sofrido pelo cliente quando passado por mal pagador.

165

3.1.2 Contrato de Abertura de Crédito

O contrato de abertura de crédito é aquele pelo qual o banqueiro (creditor) põe, à disposição do cliente, dinheiro, bens ou serviços pelo tempo convencionado.

Trata-se de contrato: I - consensual, pois pode não haver a entrega; II – oneroso; III – bilateral; IV – de duração ou de execução continuada; V – não solene (ABRÃO, 1996, p. 100).

Ficou assentado que, nesse tipo de contrato para ser devida a restituição, não se pode exigir a prova do erro, pois não há que se falar em pagamento voluntário, já que os débitos são lançados na conta pela própria instituição financeira credora. Esse foi o principal fundamento dos precedentes que deram origem à Súmula 322 do STJ: “para a repetição de indébito, nos contratos de abertura de crédito em conta-corrente, não se exige a prova do erro”.



3.2 Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos Bancários

Hoje, na sociedade, os contratos bancários estão mais popularizados, não havendo classe social que não se dirija aos bancos para levantar capital, recolher economias, depositar valores ou ainda pagar as contas. Trata-se de um contrato de adesão por excelência, tendo em vista tratar-se de uma relação de consumidor-fornecedor que mais se utiliza do método de contratação por adesão, possuindo condições gerais impostas e desconhecidas (MARQUES, 2002, p. 429).

No entanto, um dos mais recorrentes temas de discussão referente à aplicação do CDC foi em relação aos contratos bancários. Para resolução de tal conflito coube à jurisprudência do STJ pacificar entendimento de que as operações bancárias estão submetidas ao Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o banco, por expressa disposição, é um fornecedor de serviços, e estes consistem exatamente na intermediação do crédito.

Conforme assevera Cláudia Lima Marques (2002, p. 436),

Efetivamente, a caracterização do banco ou instituição financeira como *fornecedor* está positivada no art. 3º *caput* do CDC e *especialmente* no §2º do referido artigo, o qual menciona expressamente como *serviços* as atividades de “natureza bancária, financeira, de crédito”.

É incontestável que há relação de consumo no fornecimento do crédito, mesmo diante do fato de que o princípio da autonomia da vontade fica reduzido à mera aceitação do conteúdo do contrato, enquadrando o consumidor como hipossuficiente, tendo em vista que fica obrigado a aceitar cláusulas aleatórias, abusivas, unilaterais, como a que permite ao banco optar unilateralmente por índice de atualização monetária sem prévia consulta ao consumidor. Também; a que possibilita que o banco utilize a taxa de mercado por ele praticada; aquela que autoriza o vencimento antecipado do contrato em caso de protesto ou execução judicial de outras dívidas; a cláusula que impõe a eleição do foro de comarca diferente de onde o contrato foi celebrado, dentre inúmeras outras.

166

Não se pode falar em hipossuficiência do consumidor, sem lembrar da questão do ônus da prova.

Ranieri Eich (2003, p. 01), ao citar Echandia, assevera que o ônus da prova

é o poder ou faculdade de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis.

Assim, como quer o antigo brocardo jurídico *allegare sine probare et non allegare paria sunt* – “alegar e não provar é o mesmo que não alegar” (MALATESTA, 1960, p.179).

Na esfera do Direito das Relações de Consumo, a inversão do ônus da prova se dá diante da prova de que o consumidor é hipossuficiente e não tem como provar o que está alegando. Isso acontece quando há disposições contratuais violadas e o consumidor não tem acesso ao contrato assinado, uma vez que este não lhe foi disponibilizado, por exemplo. Neste caso, além do consumidor alegar referida violação, ele teria que requerer a inversão do ônus da prova para que o contratante forneça cópia do contrato assinado, invocando o inciso VIII, do artigo 6º, do



CDC que permite a inversão do ônus da prova, desde que verificadas a verossimilhança do direito e a condição de hipossuficiência do demandante.

No entanto, apesar de evidenciada a relação do cliente como consumidor, não foi suficiente a clareza legal do art. 3º, §2º, do CDC, tendo em vista que os bancos tentaram o argumento de que há uma diferenciação entre “serviço” e “operação” bancária. Entretanto, referida distinção não gera efeitos de excludente, seja na doutrina bancária, consumerista, na Lei 8.078/90 (CDC) (MARQUES, 2002, p. 443).

Diante de tanta divergência, o STJ criou a Súmula 297 que foi publicada em 09/09/2004 com a seguinte redação: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.” No entanto, mesmo com a criação da Súmula, os bancos ainda continuaram recorrendo das decisões, alegando que o CDC não pode se aplicar a certos casos pertencentes ao Direito Bancário. Porém o STJ continuou firmando seu entendimento, conforme jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE - APLICAÇÃO DO CDC AOS CONTRATOS BANCÁRIOS - INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO N. 297 DA SÚMULA/STJ - LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS - INADMISSIBILIDADE - CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - POSSIBILIDADE, NA FORMA ANUAL - MULTA CONTRATUAL - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 211 DA SÚMULA/STJ - TAXA REFERENCIAL E MULTA “AD/EXC” - INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL - REEXAME DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DOS ENUNCIADOS NS. 5 E 7 DA SÚMULA/STJ - REPETIÇÃO DO INDÉBITO - ADMISSIBILIDADE - PROVA DO PAGAMENTO EM ERRO - DESNECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

167

I - “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras” (enunciado n. 297 da Súmula/STJ); [...]

(REsp 1039052/PR, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/08/2008, DJe 03/09/2008) (negrito).

Portanto, o que se vê é que mesmo diante da insistência dos bancos em tentar, de certa forma, fugir da sanções cominadas no Código de Defesa, os Tribunais têm mantido seu posicionamento de que o Código de Defesa do Consumidor é sim aplicável aos contratos bancários, caso contrário, estar-se-ia beneficiando o lado da relação contratual mais forte, tornando o consumidor cada vez mais hipossuficiente frente aos bancos e dificultando cada vez mais o acesso à Justiça.

4 SEGURANÇA JURÍDICA APLICADA AOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Antes mesmo de falar em Segurança Jurídica no tocante aos contratos bancários, faz-se necessário uma breve abordagem sobre o conceito de Justiça. John Rawls (2000, p. 03) define justiça como “a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento”.

Paulo Nader (2003, p. 130), citando Ulpiano, que por sua vez se baseia em Platão e Aristóteles, afirma que



Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi (Justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu).’ Inserida no Corpus Juris Civilis, a presente definição, além de retratar a justiça como virtude humana, apresenta a idéia nuclear desse valor: Dar a cada um o que é seu.

Quando se pensa no conteúdo da justiça, vê-se a liberdade, a cultura, a felicidade relativa; já no conteúdo da segurança, a ordem, a paz. A justiça se atenta ao presente, alimentando-se de julgamentos, ou seja, do que acontece no agora. A segurança, por sua vez, se atenta ao futuro, tornando este previsível, no intuito de algo que perdure, criando, assim, a permanência da regra jurídica (MIRANDA, 2000, p. 205).

No entanto, ainda existe confusão com relação à segurança do direito, uma vez que se é prometido estabilidade de dispositivos legais (leis, códigos), além de promessas de critérios justos. Ocorre que tanto o conteúdo da segurança do direito, bem como da justiça não podem se ferir, mas sim adaptar-se um ao outro, tendo em vista que se uma lei é dura demais, bárbara e autoritária só pode ser concebida pelo absolutismo que segue o pensamento do “*dura lex, sed lex*” = a lei [é] dura, porém [é] a lei” (MIRANDA, 2000, p. 205)

Francisco Amaral (AMARAL, p. 18, 2002), ao conceituar segurança jurídica, assevera que esta “significa a paz, a ordem e a estabilidade e consiste na certeza de realização do direito”, comentando que

Os sistemas jurídicos devem permitir que cada pessoa possa prever o resultado de seu comportamento, o que ressalta a importância do aspecto formal das normas jurídicas, a sua forma de expressão. O Direito tem, por isso, como um dos seus valores fundamentais, para muitos o primeiro na sua escala, a segurança, que consiste, precisamente, na certeza da ordem jurídica e na confiança de sua realização, isto é, no conhecimento dos direitos e deveres estabelecidos e na certeza de seu exercício e cumprimento, e ainda na previsibilidade dos efeitos do comportamento pessoal.

168

A segurança jurídica faz com o formalismo no direito seja justificado através do significado intrínseco que esta tem, ou seja, a estabilidade nas relações e a garantia de sua permanência, encontrando no positivismo o seu principal fundamento teórico. Com isso, é possível a compreensão do que é ou não lícito, proporcionando uma “administração” do comportamento em sociedade (AMARAL, p. 19, 2002).

O artigo 126 do Código de Processo Civil, por exemplo, dispõe que: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Referido dispositivo legal é um exemplo bem claro da concretização do Princípio da segurança jurídica, uma vez que garante às pessoas o direito à prestação jurisdicional, ou seja, à decisão de uma controvérsia, fazendo com que a vida em sociedade não se transforme em um permanente conflito (AMARAL, p. 19, 2002).

O princípio da segurança jurídica impede a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, mesmo que exista inconformidade com o texto legal durante a constituição de tais atos ou situações. Em alguns casos, o desfazimento do ato ou da situação jurídica, criada por este ato, pode ser mais prejudicial do que sua manutenção, principalmente no que se refere a repercussões na ordem social. Logo, não há razão para invalidar ato que tenha atingido sua finalidade, sem causar dano algum, seja ao interesse público, seja a direitos de terceiros.



Cada vez mais se vê presente o uso da hermenêutica, possibilitando ao operador do Direito ir além da norma, além do texto legal. No entanto, isso tem gerado certo desvio na busca pela justiça, uma vez que o operador sempre vai “interpretar” a norma da maneira que mais lhe convém, independente se o resultado será justo ou não. Para tentar coibir tal prática, prevê o artigo 112 do Código Civil que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Assim, a expressão “consubstanciadas”, ao se referir à intenção da parte declarante, faz com que a própria declaração manifestada adquira peso específico, isto é, não caberá buscar-se outra “vontade” a não ser aquela que se integra ou se “consubstancia” no quanto expressado.

É preciso que vigore determinado sistema jurídico, existindo a convicção de que este será aplicado ao caso concreto, pois somente assim é que se terá presente a segurança jurídica.

Com relação aos contratos bancários, é evidente que a parte mais fraca da relação contratual é o consumidor, que alcança um nível de hipossuficiência maior quando comparado a outros institutos contratuais.

Quanto mais se analisa um processo judicial em que instituições financeiras figuram como parte, mais se vê presente o desvio pela busca da justiça, sendo importante somente o ganho de lucro e/ou se eximir de perda patrimonial.

Diante disso, a importância do princípio da segurança jurídica fica cada vez mais evidente, tendo em vista que a aplicação deste é uma das melhores formas de tornar a justiça o foco principal no final da relação contratual, ou mesmo da resolução de uma lide.

Enquanto as Instituições Financeiras tentam de todos os modos se eximir de sanções de normas ou se esquivar de obrigações legais, cabe ao magistrado aplicar o princípio da segurança jurídica, já que somente este pode “forçar” as Instituições Financeiras a cumprirem com o papel que já lhes devia ser intrínseco, impondo e demonstrando respeito e responsabilidade frente aos clientes, através da aplicação de normas, da formação de jurisprudências, ou até mesma na criação de Súmulas. Prova disso, é o que ocorreu com os Planos Econômicos, cabendo aos bancos a simples devolução dos valores que são devidos aos clientes, conforme entendimento já pacificado nos Tribunais. No entanto, os bancos se recusaram a devolver valores apropriados de forma indevida, obrigando os clientes a procurarem o Poder Judiciário para recuperar o saldo de poupança que lhes foi retirado.

Dito de outro modo, bastaria a simples apresentação do cartão do cliente em uma das agências para que os referidos valores pudessem ser devolvidos. Todavia os bancos procuram se eximir de todas as formas de sanções, decorrentes dos próprios atos que cometeram, o que acarreta grande prejuízo para muitos poupadores, uma vez que, enquanto alguns nem sabem que possuem direito a tais ressarcimentos, outros acabam ingressando com as ações em Juizados Especiais, e, muitas vezes, desconhecem o montante que lhes são devidos, correndo o risco de ter que abrir mão do valor excedente ao teto, por ter procurado a via judiciária que menos lhes causasse prejuízo financeiro, por exemplo.



4.1 Incidência da Segurança Jurídica nos Contratos Bancários

Conforme se vê nos julgados abaixo transcritos, o princípio da segurança jurídica é bastante invocado quando do resultado final de decisões, como é o caso do Agravo Regimental interposto para a alteração de juros moratórios na fase de execução de sentença julgado em agosto de 2009:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO.

PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS. COISA JULGADA. SEGURANÇA JURÍDICA. PRECEDENTES. TESE DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. EXECUÇÃO NÃO-EMBARGADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. SÚMULA 345/STJ.

1. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento segundo o qual não cabe modificar, em sede de execução, a determinação, por decisão transitada em julgado, de incidência de juros moratórios sobre o precatório complementar até o depósito integral da dívida, sob pena de ofensa ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, e conseqüente afronta à segurança jurídica.

[...]

(AgRg no Ag 1124175/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 24/08/2009)

170

Mais especificamente nas relações contratuais com Instituições Financeiras, segue análise de um caso:

NEGÓCIOS BANCÁRIOS. REVISÃO. Na ação revisional de negócios bancários, pode-se discutir a respeito de contratos anteriores, que tenham sido objeto de novação. Recurso especial não conhecido.

(REsp 332.832/RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/05/2003, DJ 23/02/2005 p. 110)

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Banco Bradesco S/A, ora Réu, alegando divergência jurisprudencial e contrariedade referente à limitação dos juros em 12% ao ano. Ainda com relação à revisão de contratos anteriores, argumenta que a repactuação realizada indica um acordo de vontades, no qual restaram consolidados os débitos anteriores, redefinindo-se valores, prazos de pagamento e garantia.

O Ministro César Asfor Rocha foi o único que votou em favor do provimento ao Recurso do Banco. No entanto, seu Voto foi vencido pela maioria dos Ministros. Conforme o Voto, extremamente sucinto e direto, do Ministro Ari Pargendler, “A jurisprudência consolidada no âmbito da egrégia Terceira Turma admite, na ação revisional de negócios bancários, a discussão de contratos anteriores, que tenham sido objeto de novação”.

Na prática o que mais se vê é a interposição de Ação de Revisão Contratual, tendo em vista a cobrança abusiva de juros nos contratos, que se torna cada vez maior, forçando o cliente a efetuar renegociações, que geram a incidência de mais juros, formando uma “bola de neve” impossível de ser resolvida no âmbito administrativo, forçando o cliente a procurar o Poder



Judiciário para a resolução de tal conflito.

E é aplicando o princípio da segurança jurídica que se pode ver presente, ainda, como objetivo, a busca pela justiça. Isso fica evidente pelo Voto do Ministro Pargendler que não precisou discorrer uma tese ou invocar os mais variados dispositivos legais, alegando apenas que o referido entendimento já é matéria pacificada naquele Tribunal.

4.2 O Desvirtuamento do Princípio da Segurança Jurídica nos Contratos Bancários

Quando da invocação do princípio da segurança jurídica pelos magistrados, a intenção é a busca da justiça para aplicação ao caso concreto. Ocorre que como toda “ferramenta”, o princípio da segurança jurídica também está suscetível de ser usado de forma equivocada, causando efeito inverso, não se concretizando um resultado justo para o conflito.

O operador do direito, na prática, pode se deparar com um caso que ainda não tenha sido julgado anteriormente, precisando, assim, elaborar uma tese que inove o referido assunto, podendo, inclusive, servir de base para decisões de futuros casos análogos.

É sabido que os bancos possuem um poder aquisitivo muito grande, o que possibilita a contratação de advogados de renome no território nacional, capazes de desenvolverem teses brilhantes e capazes de levar o julgador a acolher suas argumentações. Nesse caso, o julgador ao acolher a tese do banco, mesmo que injusta quando analisado o caso concreto, muitas vezes até pelo fato do cliente não possuir poder aquisitivo suficiente para contratar um profissional à altura do defensor do banco, forma-se uma jurisprudência que poderá ser invocada nos casos futuros.

Ao se invocar a referida jurisprudência, o princípio da segurança jurídica estará sendo aplicado. E é nesse ponto que ocorre o desvirtuamento da finalidade que princípio da segurança jurídica busca, já que ele foi invocado com base em uma decisão que não alcançou a justiça.

A responsabilidade que o magistrado possui vai além do que se pode imaginar, uma vez que ele carrega sob seus ombros o peso de julgar caso aplicável à vida alheia, tendo que se limitar ao que está disposto nos Autos do processo.

É fácil para o defensor invocar o princípio da segurança jurídica de forma equivocada, uma vez que ele busca o interesse de seu cliente, mesmo que o referido interesse não esteja embasado no que é justo para as partes. No entanto, caberá ao magistrado aplicar o princípio da segurança jurídica de forma consciente e de acordo com os critérios de constitucionalidade e razoabilidade, para que a justiça seja o objetivo final do conflito, impedindo, assim, que operadores mal intencionados usem uma “ferramenta” tão importante para a busca da justiça de forma desvirtuada, colocando em xeque a luta e o desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro.

5 CONCLUSÃO

Como visto, o Princípio da Segurança Jurídica encontra-se diretamente relacionado aos direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito. Com efeito, houve a tentativa de demonstrar a existência de uma dinâmica do Direito, assim como das atividades legislativas, na busca de acompanhar os desenvolvimentos sociais.



No âmbito dos contratos bancários, a evolução só demonstra a forma como os bancos vêm adquirindo poder frente aos negócios, fazendo com que o cliente se torne cada vez mais hipossuficiente, obrigando-se a aceitar determinadas cláusulas abusivas quando da assinatura do contrato. Caso contrário não poderá adquirir o serviço que tanto necessita naquele momento.

Com o passar do tempo, a abusividade dessas cláusulas se transforma num problema ainda maior ao cliente. Problema este que não poderia ser dimensionado quando da contratação do serviço junto ao banco, o que, após a não obtenção de êxito na esfera administrativa, obriga o cliente a procurar o judiciário para que seu problema possa ser resolvido com base na Justiça.

Nesse momento, destaca-se a importância do aplicador do direito, que deverá afastar os possíveis desvirtuamentos legislativos, utilizando o melhor método hermenêutico na subsunção da norma ao caso concreto para a busca da verdadeira justiça. Uma das formas de busca da justiça é a concessão de liminares, que visam proteger direitos indispensáveis ao cidadão. Já em relação à decisão individual e colegiada, a diferença de segurança entre estas se encontra na certeza de que a comunidade jurídica e a sociedade lhe acolhem, devido à sistemática adotada pelo ordenamento jurídico. Em relação à jurisprudência, pode-se afirmar que esta possui uma função reveladora do direito, e, ainda, que sua principal função é a criação de novas súmulas.

Por fim, aplicado o princípio da segurança jurídica, torna-se mais fácil a busca pela Justiça, podendo proporcionar ao cliente lesado a garantia e satisfação de seu direito, transformando a sociedade num meio cada vez mais fácil e justo para se viver.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- AMARAL E SILVA, Luciano Feliz do. Princípios norteadores da intervenção judicial no contrato normas abertas versus segurança Jurídica. **Revista de Direito Privado**. v.10, n.37. São Paulo: Revista dos Tribunais. jan./mar 2009.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. – Brasília: CJF, 2003.– (Série Pesquisas do CEJ; 11).
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UnB, 1999.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de sociologia jurídica: você conhece?** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- _____. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.



CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. O princípio da segurança jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 118, 30 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4318>>. Acesso em: 06 mar. 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

COELHO, Luis Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. Curitiba: Livros HDV, 1987.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999-2003.

EICH, Ranieri. Inversão do ônus da prova no CDC e no CPC. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 427, 7 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5657>>. Acesso em: 09 dez. 2009.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. São Paulo: Saraiva, 1960.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

173

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7 ed. rev. Atu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de Crédito Bancário**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.



ESTADO DE FELICIDADE E O ESTADO DA FELICIDADE

Celso Zamoner¹

O tema Felicidade é amplamente explorado nas religiões, na multifacetada produção artística e cultural (literatura, música e artes plásticas), adentrando até mesmo nos domínios da Ciência pelo pórtico da Psicologia, Psicanálise, Neurociência e assim por diante. Conforme visto, o Saber Humano é vivamente receptivo para essa entidade psíquica de invulgar e intangível constituição. Todavia, quando se submete a Felicidade à abordagem jurídica, de imediato se suscita uma reação de espanto, a qual se amplia ao se pretender vinculá-la à precípua finalidade do Estado, sua razão mesma de existir. Eis justamente o desafio que é proposto no presente trabalho, não por acaso intitulado “Estado de Felicidade e o Estado da Felicidade”.

Caso se obtivesse uma cápsula do tempo e se empreendesse uma viagem aos primórdios da civilização humana, constatar-se-ia *de visu* que todos os esforços, despendidos pelos ancestrais do *Homo Sapiens*, nada mais objetivaram do que a obtenção da Felicidade, ainda que a mesma se lhes apresentasse ainda sob forma rudimentar, associada aos êxitos alcançados nas atividades de caça ou rechaço a feras. À medida que se evoluísse na linha do tempo, perceber-se-ia que, conquanto o processo civilizatório trouxesse a lume inventos e descobertas, sob o ponto de vista psíquico, persistiria o mesmo elemento propulsor: a busca incessante da Felicidade.

Por essa razão, não há como dissociar essa aspiração vital que habita o recôndito de cada ser humano albergado no seio da Mãe Terra, de toda a complexa construção teórico-científica edificada ao longo dos séculos. Dentre as instituições que resultaram da imersão do ser humano na Cultura, à luz do estruturalismo *levistraussiano*, destaca-se nitidamente o Estado, haja vista a influência diuturna que exerce sobre todos os aspectos da existência humana, desde a concepção fetal, até as consequências jurídicas decorrentes da morte.

174

A questão que se submete ao leitor e que constitui o *leitmotiv* do presente ensaio resulta justamente do enlace entre o propulsor psíquico, representado pela Felicidade e a instituição Estado, com o intuito de determinar se, mesmo institucionalmente, jaz comprometido com essa máxima aspiração humana e, caso o esteja, até que ponto o Estado Pós-Moderno se desincumbe satisfatoriamente dessa tarefa.

No que concerne ao primeiro ponto, qual seja, recai-se sobre a instituição Estado o dever de direcionar o exercício de suas funções para assegurar aos administrados o gozo de um estado de Felicidade, ousa-se asseverar que tal consiste na finalidade e justificativa mesmas da existência do ente estatal. E não se trata de uma assertiva cujo fundamento axiológico é haurido da dimensão Ético-Filosófica, posto que a vigente ordem constitucional, conquanto não o enuncie expressamente, inoculou em diversos dispositivos esse componente de natureza humanista.

De efeito, no preceito inaugural da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte inscreveu com letras de fogo o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro. Ora, um princípio fundamental equivale ao alicerce de uma edificação, ao elemento estrutural que precede e suporta toda a carga normativo-constitucional. Sendo assim, há que indagar se o referido princípio fundamental representa uma pista que auxilie no desvendamento da questão ora debatida, a saber: incide sobre o Estado a obrigação institucional de prover a Felicidade dos administrados?

¹ Professor de Direito da UNIFIL. Procurador do Município de Londrina.



Para o desate desse nó, faz-se necessário precedentemente obter-se uma leitura mais precisa do princípio da dignidade da pessoa humana, de sorte a verificar se essa mola propulsora da vida humana, representada pela Felicidade, compreendida está no seu conceito.

A propósito do tema, afigura-se de bom alvitre, dada a sua visão abrangente, registrar o enfrentamento teórico empreendido pelo eminente constitucionalista Luís Roberto Barroso (2009, p. 252-253), vazada nos seguintes termos:

O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, pelo menos: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

175

A passagem doutrinária, acima reproduzida, traduz, com singular propriedade, a conjunção de aspectos espirituais e materiais empregados na estruturação do conceito ético-jurídico de dignidade da pessoa humana. Mas seria viável transpô-lo para o campo da Felicidade, haja vista o prevalecente caráter psicológico que a informa? A resposta que vigorosamente emerge é no sentido afirmativo, pelo singelo motivo de que todo e qualquer construto teórico nada mais representa do que uma projeção originária do universo psíquico humano. Sendo assim, não há como escapar do antropocentrismo que atua como centro de gravidade da cadeia produtiva do conhecimento científico. Por essa razão, quando o legislador trasladou da esfera ética para a jurídica o valor universal da dignidade da pessoa humana, o fez imbuído do propósito de invitar o Estado, e a sociedade a promover ações visando ao bem-estar físico e psicológico dos administrados, aspectos os quais, se não correspondem propriamente ao estado psíquico da Felicidade, indubitavelmente a ela conduzem.

Conquanto haja sido conferido no presente trabalho especial relevo ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, não é demasiado salientar que os direitos fundamentais, em última análise, são afluentes que desembocam no estuário da dignidade da pessoa humana. E, ainda, considerando-se que não há como dissociar o humano do seu aparelho psíquico



e tampouco se pode olvidar a unidade dialética entre corpo e mente, forçosamente se conclui que não apenas os alicerces do edifício constitucional, mas a Constituição na sua integralidade e, por consequência, o Estado que é plasmado à sua imagem e semelhança, incorporaram como linha condutora axiológica a dignificação do Homem, nas vertentes material e espiritual.

Do amálgama de todos esses elementos logra-se concluir que o apanágio da Felicidade reside no equilíbrio da tríplice dimensão corpo-mente-espírito, o qual é obtido quando se proporciona ao ser humano condições de desenvolver plenamente seu potencial, o que implica, necessariamente, na intervenção do Estado nas áreas da saúde, educação, cultura, meio ambiente etc.

Lança-se na sequência à tarefa de suprimir o segundo ponto de interrogação, para efeito de determinar se o Estado pós-moderno – uma vez erigido precedentemente o pressuposto de que o exercício da função administrativa deve assegurar aos administrados, como *ultima ratio*, condições para se alcançar uma sensação de bem-estar plena e permanente, suscetível de ser identificada com a própria Felicidade – incorporou, ou não, nas diversas políticas públicas, essa perspectiva focada na singularidade humana do administrado.

A extração da resposta, é lamentável dizer, não demanda maiores elucubrações, haja vista que o cenário político, econômico e social, com que se defronta no primeiro decênio deste Século, eloquentemente revela a figura de um Estado esquizofrênico, acossado por pensamentos de crescimento econômico a qualquer custo, alienado de seu papel de provedor da Felicidade coletiva.

Prova cabal da perturbadora conclusão acima reside nas discrepâncias entre os dados relativos ao crescimento econômico e ao desenvolvimento humano. Aliás, o nunca suficientemente prateado economista Celso Furtado já alertava à época do cognominado “Milagre Econômico Brasileiro”, que a política econômica deve ser executada *pari passu* com o desenvolvimento humano. Não constitui temerário atrevido asseverar que, à luz do ideário constitucional, a atividade econômica é que deve se amoldar às necessidades do ser humano. A realidade, todavia, deixa entrever um quadro diametralmente oposto, na qual interesses econômicos invadem e destroem ecossistemas humanos e biológicos com a força avassaladora de um *tsunami*.

A justificativa que invariavelmente é utilizada para emoldurar a política econômica do Estado pós-moderno é no sentido de que a geração de riquezas é uma *conditio sine qua non* para o desenvolvimento humano. Ora, trata-se de um irrefragável sofisma, porquanto a economia de mercado, lançando mão de um mal disfarçado processo de pasteurização cultural, promove a erradicação de patrimônios culturais, históricos e ambientais, ao pior estilo *Cavalheiro* do Apocalipse.

Trocadilho à parte, é bem de ver que a concepção freudiana vertida na sua monumental obra *Mal-Estar na Civilização* comporta uma releitura para *Mal-Estar da Civilização*, porquanto o Estado, em conjunção com os organismos que controlam a economia globalizada, ao revés de promover o bem-estar individual, converteu os administrados em meros consumidores, despojando-os de sua identidade humana, o que implica no recalçamento massivo da dimensão psicológica do perplexo cidadão do Século XXI, configurando, diga-se *en passant*, insidioso mecanismo que se opera com o auxílio prestimoso da alienação midiática.

Por conseguinte, seja qual for a ideologia política que permeia o Estado, haverá de se constatar que na generalidade das situações o item Felicidade não integra as agendas governamentais, conquanto determinados países se notabilizem no contexto internacional em face da qualidade de vida desfrutada por seus cidadãos.

Poder-se-ia redarguir neste quadrante que o Estado, mediante a execução das diversas políticas públicas que se revestem de maior aderência social, indiretamente cria as circunstâncias favoráveis para gerar nos administrados sentimentos compatíveis com o estado de Felicidade.

Por certo que apenas o acometimento de um desvario levaria alguém a negar que tal fenômeno ocorre em maior proporção nos países que se destacam na constelação de nações como detentores dos mais expressivos índices de desenvolvimento humano. Todavia o que se almeja neste trabalho não é propriamente debater se as políticas públicas resultam no bem-estar coletivo e individual, porém, isto sim, se os programas e diretrizes traçadas na órbita governamental e executados na esfera da Administração Pública deveriam adotar como pressuposto finalístico a própria Felicidade. Destarte, não se trata de inquirir resultados, porém, de inocular nos atos administrativos como finalidade apriorística a propagação generalizada daquele peculiar estado psicológico.

Ora, elaborar e concretizar políticas públicas, formatadas sob o signo da Felicidade, por evidente soa um tanto quanto utópico, despido de senso prático e, ainda, totalmente divorciado da realidade. Certamente essas são algumas idéias que podem aflorar quando se coteja o inatingível plano do “dever ser” com o árido território do “ser”. Concorda-se incondicionalmente que sempre existirá uma tensão entre o “ideal” de realidade e o panorama brutal que assola os sentidos cotidianamente. Todavia, não se menospreze a ingente capacidade humana de buscar novos paradigmas, inclusive os relativos às linhas condutoras das políticas públicas. Nesse sentido, é com indisfarçável regozijo que se assinala que há uma nota dissonante no concerto das nações, em que pese as vibrações soarem de muito longínquo.

Nos contrafortes do Himalaia, entrincheirado entre a Índia, o Nepal, a China e o Tibete, localiza-se um país singular, provavelmente o último reduto do Planeta que logrou resistir às investidas tentaculares da globalização. Desde logo se averbe que não importará em demérito do leitor caso constate seu completo alheamento acerca do Reino do Butão.

O Butão é uma Monarquia Constitucional, cujo Rei Jigme Singye Wangchuck, em 1972, erigiu o conceito de Felicidade Interna Bruta (FIB), em contraposição ao popular indicador econômico Produto Interno Bruto (PIB). Esse conceito revolucionário de desenvolvimento baseia-se no princípio de que o crescimento econômico deve se operar simultaneamente com o desenvolvimento espiritual, de sorte a constituir-se uma autêntica relação simbiótica entre as riquezas materiais e os tesouros do espírito.

O FIB se assenta em quatro pilares, a saber: (1) promoção de um desenvolvimento socioeconômico sustentável e igualitário, (2) a preservação e promoção dos valores culturais, (3) a conservação do meio ambiente e o (4) estabelecimento de uma boa governança. Dessas vertentes, por sua feita, derivam nove indicadores de aferição da Felicidade de uma nação: 1) bem-estar psicológico; 2) meio ambiente; 3) saúde; 4) educação; 5) cultura; 6) padrão de vida; 7) uso do tempo; 8) vitalidade comunitária e 9) boa governança.

É oportuno registrar que o governo do Butão submete qualquer questão que possa afetar a Felicidade do Povo ao crivo dos quatro pilares e seus nove derivados. Constitui exemplo emblemático de aplicação desse conceito o fato de que o Butão aprovou em 2004 uma lei proibindo a venda de qualquer produto oriundo do tabaco, vez que considerou que o montante arrecadado a título de impostos não justificava o comprometimento da saúde e do bem-estar psicológico de seus cidadãos, além dos danosos reflexos ambientais.



O desenvolvimento do Butão, sob o ponto de vista do seu PIB, por certo não lhe confere honrosa posição entre os países cêntricos. Contudo, seus habitantes mantêm intacto o patrimônio cultural, artístico e histórico legado por seus ancestrais, suas florestas jazem incólumes, desconhecem a violência urbana, a prostituição e o consumo de drogas, enfim, não foram afetados por políticas públicas invasivas e dizimadoras de sua identidade humana. Diante desse cenário se impõe uma única conclusão: o Butão é um país rico, talvez o mais afortunado deste maltratado planeta.

No desfecho desta trajetória, sob a inspiração do excêntrico Butão, faz-se imperioso enunciar que o “estado de felicidade” dos administrados deve ser incorporado pelo Estado Pós-Moderno como a pedra fundamental de sua estrutura, convertendo-se em um ente que mereceria ser cognominado “Estado da Felicidade”.

REFERÊNCIA

Barroso, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 2009, p. 252-253.





RESENHA





RESENHA

SOUZA, Demétrius Coelho. *O meio ambiente das cidades*. São Paulo: Atlas, 2010.

Profa. Dra. Sônia Letícia de Mello Cardoso*

Trata-se de estudo pormenorizado do meio ambiente das cidades em que, em quatro capítulos, o autor aborda a questão da urbanização e do meio ambiente com destaque para a importância do planejamento urbano sustentável, para que as cidades realmente ofereçam qualidade de vida para todos os seus habitantes.

Nessa perspectiva, o livro trata da singular abrangência do processo de urbanização e da questão da sustentabilidade, preocupação tanto da coletividade quanto dos administradores públicos, pois elas envolvem fatores econômicos, sociais, culturais e políticos, necessários à conservação das cidades.

Após ressaltar o entendimento de meio ambiente sob vários aspectos, conclui o autor que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito difuso e fundamental, protegido pelo ordenamento jurídico, pois o ambiente sadio é imprescindível para a boa qualidade de vida nas cidades.

A seguir, comenta sobre a realidade das cidades e a importância fundamental do planejamento urbano previsto no Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, o qual elege uma série de diretrizes e instrumentos voltados para a política de desenvolvimento urbano e as funções sociais das cidades, destacando-se o plano diretor, o estudo prévio de impacto ambiental e o estudo prévio de impacto de vizinhança, que se utilizados, poderão proporcionar, ao mesmo tempo, progresso e preservação ambiental urbana.

Entende o autor ser imprescindível à associação do planejamento urbano e ambiental a observância do princípio do desenvolvimento sustentável, para ser aplicado às cidades na busca da qualidade de vida, ou seja, no bem-estar das pessoas.

Sublinha-se, ainda, a questão da degradação ambiental urbana, pois um dos principais problemas enfrentados atualmente pela sociedade diz respeito a poluição, que muito prejudica as pessoas que vivem nos grandes centros urbanos.

Diante disso, o autor enfatiza os problemas causados pela poluição sonora, visual e por resíduos sólidos, bem como por determinadas obras que afetam as condições de vida nos centros urbanos e a responsabilidade solidária entre os poluidores.

Nessa medida, sinaliza sobre questões pontuais do meio ambiente das cidades, como o direito de construir e as limitações administrativas, o tombamento, os loteamentos urbanos, bem como a proteção jurídica do meio ambiente urbano, para afirmar que as cidades devem atender ao princípio fundamental da dignidade humana, porque devem servir, sem nenhuma distinção, a todos os seus habitantes.

Trata-se, portanto, de trabalho bem elaborado, com linguagem clara, em que são enfrentados os diferentes problemas relativos ao tema, embasado em farta bibliografia nacional e estrangeira.

181

* Professora e Procuradora Geral da Universidade Estadual de Maringá

