









# **REVISTA JURÍDICA**

**da Seção Judiciária  
de Pernambuco**



ISSN 1984-512X

# **REVISTA JURÍDICA**

## **da Seção Judiciária de Pernambuco**

**Número 3  
2010**

## PUBLICAÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Juiza Federal Diretor do Foro  
JOANA CAROLINA LINS PEREIRA

FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO  
KOEHLER

Juiz Federal Vice-Diretor do Foro  
CÉSAR ARTHUR CAVALCANTI DE  
CARVALHO

Bibliotecária  
MARIA DE LOURDES CASTELO  
BRANCO

Diretora da Secretaria Administrativa  
ANNA IZABEL FURTADO DE  
MIRANDA LUNARDELLI

Secretário da Revista  
FILIPE ISHIGAMI

Juízes Federais Integrantes do Conselho  
Editorial  
FRANCISCO ANTONIO DE BARROS  
E SILVA NETO – Diretor do Conselho  
Editorial  
DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA  
CAROLINA SOUZA MALTA  
JORGE ANDRÉ DE CARVALHO  
MENDONÇA

Revisão de Texto:  
SOFIA SIMPLÍCIO SILVA  
JOSÉ HONÓRIO DA SILVA FILHO

Capa  
MARCELO SCHMITZ

Editoração Eletrônica  
LIGIA REGIS CAMINHA

Endereço: Justiça Federal de Primeira Instância  
Seção Judiciária de Pernambuco  
Av. Recife, 6250 – Jiquiá  
CEP: 50.865-900, Recife-PE  
[www.jfpe.gov.br](http://www.jfpe.gov.br)

Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco / Seção Judiciária de Pernambuco. n. 3 (2010) Recife, 2010

Anual

ISSN 1984-512X

1. Direito – Periódico. 2. Doutrina. 3. Justiça Federal – Pernambuco.

CDU 34(05)

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.  
Os trabalhos publicados nesta Revista foram gentilmente cedidos pelos autores.  
Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca desta Seção Judiciária

## Composição do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região

### **Presidente**

Desembargador Federal **Luiz Alberto Gurgel de Faria**

### **Vice-Presidente**

Desembargador Federal **Marcelo Navarro Ribeiro Dantas**

### **Corregedor**

Desembargador Federal **Manoel de Oliveira Erhardt**

### **Diretora da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**

Desembargadora Federal **José Lázaro Alfredo Guimarães**

Desembargador Federal **José Lázaro Alfredo Guimarães**

Desembargador Federal **José Maria de Oliveira Lucena**

Desembargador Federal **Francisco Geraldo Apoliano Dias**

Desembargadora Federal **Margarida de Oliveira Cantarelli**

Desembargador Federal **Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti**

Desembargador Federal **Luiz Alberto Gurgel de Faria**

Desembargador Federal **Paulo Roberto de Oliveira Lima**

Desembargador Federal **Paulo de Tasso Benevides Gadelha**

Desembargador Federal **Francisco Wildo Lacerda Dantas**

Desembargador Federal **Marcelo Navarro Ribeiro Dantas**

Desembargador Federal **Manoel de Oliveira Erhardt**

Desembargador Federal **Vladimir Souza Carvalho**

Desembargador Federal **Rogério de Meneses Fialho Moreira**

Desembargador Federal **Francisco Barros Dias**

Desembargador Federal **Edilson Pereira Nobre Júnior**

## Composição da Seção Judiciária de Pernambuco

Juízes Federais:

**Roberto Wanderley Nogueira**  
**Francisco Alves dos Santos Júnior**  
**Edvaldo Batista da Silva Júnior**  
**Ricardo César Mandarinó Barreto**  
**Ubiratan de Couto Mauricio**  
**Élio Wanderley de Siqueira Filho**  
**Hélio Sílvio Ourem Campos**  
**Nilcéa Maria Barbosa Maggi**  
**Frederico José Pinto de Azevedo**  
**Joana Carolina Lins Pereira**  
**Francisco Antônio de Barros e Silva Neto**  
**César Arthur Cavalcanti de Carvalho**  
**José Maximiliano Machado Cavalcanti**  
**Tarcísio Barros Borges**  
**Ara Cárita Muniz da Silva**  
**Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo**  
**Almiro José da Rocha Lemos**  
**Francisco Glauber Pessoa Alves**  
**Danielle Souza de Andrade e Silva**  
**Tiago Antunes de Aguiar**  
**Georgius Luís Argentini Príncipe Credídio**  
**José Baptista de Almeida Filho Neto**  
**Carolina Souza Malta**

Juízes Federais.Substitutos:

**Jorge André de Carvalho Mendonça**  
**Flávio Roberto Ferreira de Lima**  
**Frederico Augusto Leopoldino Koehler**

**Roberta Walmsley Soares Carneiro Porto de Barros**  
**Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz**  
**Polyana Falcão Brito**  
**Marília Ivo Neves**  
**Allan Endry Veras Ferreira**  
**Ivana Mafra Marinho**  
**Kylce Anne Pereira Collier de Mendonça**  
**Thalynni Maria Freitas De Lavor**  
**José Moreira da Silva Neto**  
**Paulo Roberto Parca de Pinho**  
**Amanda Gonzalez Stoppa**  
**Antônio José de Carvalho Araújo**  
**Joaquim Lustosa Filho**  
**Claudio Kitner**  
**Gilton Batista Brito**  
**Flavia Tavares Dantas**  
**Ethel Francisco Ribeiro**  
**Marcelo Honorato**  
**Bruno Zanatta**  
**Rodrigo Vasconcelos Coêlho de Araújo**



# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

*Diretora do Foro* ..... 13

## ARTIGOS

### OS DELITOS INFORMÁTICOS E A COMPETÊNCIA EM MATÉRIA PENAL

*Allan Endry Veras Ferreira* .....15

### A RECORRIBILIDADE DA LIMINAR INAUDITA ALTERA PARTE NOS LITÍGIOS AMBIENTAIS

*Alexandre Henrique Tavares Saldanha*.....29

### A EVOLUÇÃO DO DIREITO E A TUTELA DE URGÊNCIA

*Arruda Alvim* .....45

### DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO

*Francisco Glauber Pessoa Alves* .....73

### CONSORCIO PÚBLICO: AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO PARA PLEITEAR EM NOME PRÓPRIO DIREITO DOS ENTES CONSORCIADOS

*Gabriel Queiroz Neto* ..... 86

### ESTRUTURA, FUNCIONAMENTO E EVOLUÇÃO DO FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS

*Humberto João Carneiro Filho* ..... 98

### O “ESTADO DA CRISE”

*Luciana de Medeiros Fernandes* ..... 120

### ANOTAÇÕES ACERCA DA DENÚNCIA GENÉRICA NOS CRIMES SOCIETÁRIOS

*Lucas Santos Jatobá*..... 171

<b>APRIMORANDO AS ATIVIDADES DA SECRETARIA ADMINISTRATIVA DA JFPE ATRAVÉS DA CRIAÇÃO DA CONTROLADORIA</b> <i>Nathiene Alencar e Tania Campinho</i> .....	197
<b>A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA</b> <i>Sandra Figueira Pontual</i> .....	219
<b>A INTERVENÇÃO JUDICIAL E O CUMPRIMENTO DA TUTELA ESPECÍFICA</b> <i>Sérgio Cruz Arenhart</i> .....	261
<b>RENÚNCIA FISCAL, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AÇÃO CIVIL PÚBLICA</b> <i>Tércio Sampaio Ferraz Júnior</i> .....	277
<b>EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL E EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL</b> <i>Vallisney de Souza Oliveira</i> .....	286

## APRESENTAÇÃO

A Seção Judiciária de Pernambuco oferece ao mundo jurídico mais uma edição de sua Revista. Os colaboradores – juízes, servidores, professores, estudantes – trazem sua contribuição para a cultura jurídica, através da Revista que, embora em seu terceiro número, já se anuncia como um importante veículo para divulgação de ideias e correntes de pensamento.

De saída, faz-se necessário render homenagens ao Conselho Editorial, a quem, sob a direção do Juiz e Professor Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, incumbe o árduo trabalho de selecionar os trabalhos a serem publicados, dentre tantos de elevado gabarito.

O incentivo à produção científica não poderia estar mais atrelado à própria instituição (Justiça Federal). No dia-a-dia de processos, decisões e argumentações, são os juízes (e os operadores do Direito em geral) constantemente desafiados por novas situações e problemas. Para resolvê-los, a pesquisa é a principal ferramenta. Pesquisar, portanto, faz parte do ofício. A intenção é estimular e divulgar a produção desses potenciais autores, sem descurar, evidentemente, da contribuição valiosíssima daqueles estudiosos que, embora não pertencentes ao quadro da Justiça Federal, selam importante parceria com a sua Revista. O que seria, afinal, de uma instituição que se ensimesmasse?

O presente número da Revista da Seção Judiciária de Pernambuco reflete preocupações atuais dos operadores do Direito: Administração Judiciária, delitos informáticos, litígios ambientais, dentre outros.

Digna de encômios foi a iniciativa de lançar o primeiro número desta Revista, e a atual Direção do Foro não poderia deixar de dar seguimento a um projeto que acrescenta à História da Justiça Federal um relevante capítulo. A Revista aproxima a instituição do público e da comunidade científica, e o escopo é tornar perene este importante mecanismo de interação.

*Joana Carolina Lins Pereira*  
*Juíza Federal Diretora do Foro*



# OS DELITOS INFORMÁTICOS E A COMPETÊNCIA EM MATÉRIA PENAL

*Allan Endry Veras Ferreira*

*Juiz Federal Substituto da 13ª Vara Federal de Pernambuco.*

**RESUMO:** A disseminação do uso de computadores, com a popularização do acesso à informática, trouxe, também, o abuso, representado pela prática das mais diversas condutas e que podem atingir inúmeros bens jurídicos, entre eles, a honra, o patrimônio, etc. Essas condutas podem se dar contra o sistema informático ou tendo ele como instrumento, inclusive por meio da internet. O presente estudo cuida da busca de critérios para fixação da competência para processar e julgar os delitos informáticos, abordando, previamente, noções gerais desse tipo de infração, para, em seguida, deter-se no tema. Foram apresentados, de um modo geral, critérios que permitem o operador do direito chegar ao órgão jurisdicional competente.

**Palavras-chaves:** Direito Processual Penal. Competência. Delitos informáticos.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Os delitos informáticos. 2. Critérios para fixação da competência. 2.1 A competência em matéria penal. 2.2 O interesse do ente federal para fixação da competência da Justiça Federal. 2.3 Crimes previstos em tratados ou convenções internacionais. 2.4 O caráter residual da competência da Justiça Comum Estadual. 2.5 A definição da competência territorial. Considerações finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa os critérios necessários à fixação da competência para processar e julgar os delitos informáticos, abordando, previamente, noções gerais desse tipo de infração, para, em seguida, deter-se no tema.

### 1. OS DELITOS INFORMÁTICOS

A disseminação do uso de computadores, com a popularização do acesso à informática, trouxe, também, o abuso, representado pela prática das

mais diversas condutas e que podem atingir inúmeros bens jurídicos, entre eles, a honra, o patrimônio, etc.

Essas condutas podem se dar contra o sistema informático ou tendo ele como instrumento.

O princípio constitucional da legalidade surge, aqui, como exigência incondicional para que tais condutas sejam consideradas como crime.

Isso não quer dizer, no entanto, que a atual legislação penal não permita a cominação de penas a esses delinquentes, uma vez que, dentro dos contornos constitucionais e legais, cabe ao intérprete buscar a leitura da norma conformada com a nova realidade social.

É que algumas ações criminosas representam apenas uma nova forma de se praticar tipos penais já existentes, como o estelionato, por exemplo.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema, em caso alusivo à publicação de cena de sexo infanto-juvenil mediante inserção em rede BBS/Internet de computadores, decidindo que “não se trata no caso, pois, de colmatar lacuna da lei incriminadora por analogia: uma vez que se compreenda na decisão típica da conduta criminada, o meio técnico empregado para realizá-la pode até ser de invenção posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo” (STF - HC 76689/PB – Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - DJ 06-11-1998 PP-00003 EMENT VOL-01930-01 PP-00070).

De fato, não há como um código de mais de sessenta anos prever todas as situações que se colocam na nossa sociedade, globalizada e de constantes avanços tecnológicos, muitos dos quais permitidos pelo domínio da informática.

Como lecionava Carlos Maximiliano, “por mais hábeis que sejam os elaboradores de um Código, depois de promulgado surgem dificuldades e dúvidas sobre a aplicação de dispositivos bem redigidos. Uma centena de homens cultos e experimentados seria incapaz de abranger em sua visão lúcida a infinita variedade dos conflitos de interesses entre os homens. Não perdura o acordo estabelecido, entre o texto expresso e as realidades objetivas. Fixou-se o Direito Positivo; porém a vida continua, evolve, desdobra-se em atividades diversas, manifesta-se sob aspectos múltiplos: morais, sociais, econômicos. Transformam-se as situações, interesses e negócios que teve o Código em mira regular. Surgem fenômenos imprevistos, espalham-se novas idéias, a técnica revela coisas cuja existência ninguém poderia

presumir quando o texto foi elaborado. Nem por isso se deve censurar o legislador, nem reformar a sua obra. A letra permanece: apenas o sentido de adapta às mudanças que a evolução opera na vida social” (2006, p. 10).

Imperioso, assim, que o intérprete e aplicador do direito, dentro, evidentemente, da moldura constitucional e legal, acompanhe as transformações sofridas pela sociedade.

Consciente das profundas mudanças trazidas pela informatização e globalização das redes de computador e preocupada com o crescimento da criminalidade informática, a Comunidade Européia celebrou, em 23 de novembro de 2001, a Convenção de Budapeste, como objetivo de definir uma política criminal comum direcionada à proteção da sociedade contra o cibercrime.

A Convenção de Budapeste, como é denominada, contém normas processuais e materiais e a sugestão da tipificação de certas condutas, representando marco relevante na luta contra os delitos informáticos.

Isto porque o efetivo combate a esses delitos depende, em grande parte, da fixação de mecanismos de cooperação internacional, ainda mais considerando que os crimes cometidos pela internet não possuem fronteiras.

Não há consenso entre os estudiosos do assunto quanto à terminologia dos crimes informáticos, porém, a classificação mais recorrente é aquela que distingue duas categorias de crimes: a) os crimes cometidos contra um sistema informático; e b) os crimes cometidos contra outros bens jurídicos, por meio de um sistema de informática.

Esta classificação está em consonância com as condutas tidas por criminosas previstas na Convenção de Budapeste (arts. 2 a 10).

Os crimes podem afetar o estado natural dos dados ou mesmo outros bens jurídicos.

Em sua obra *Direito Penal e Sistema Informático*, Rita de Cássia Lopes da Silva lembra que, “nos delitos praticados com o uso do sistema informático, de regra, tem-se como bem jurídico tutelado a informação. No entanto, esta informação poderá traduzir-se em patrimônio, se a ação for ofensa ao patrimônio; em honra, se ofenderem a honra; e, assim, numa cadeia lógica e coerente, proteger-se-á o bem jurídico tutelado pela norma e que efetivamente corresponde à lesão provocada pela conduta praticada (2003, p. 66).

A nossa legislação já conta com tipos que criminalizam condutas contra sistemas informáticos, a exemplo do art. 2º, V, da Lei n.º 8.137/90, que prevê como delito a conduta de “utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária

possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública”, bem assim dos arts. 313-A (Inserção de dados falsos em sistema de informações) e 313-B (Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações) do Código Penal.

Não há unanimidade quanto à tipicidade de algumas condutas.

Discute-se se o dano provocado a dados armazenados em computador poderia ser subsumido ao tipo previsto no art. 163 do CP; discute-se, ainda, se a violação do sigilo de correio eletrônico, fora das hipóteses previstas no art. 10 da Lei n.º 9.296/96, importaria no crime inserto no art. 151 do CP.

Muitas outras condutas continuam à margem da legislação penal, sendo relevante registrar a ausência de previsão, como crime, da conduta de acesso não autorizado a dados armazenados em computador.

O acesso não autorizado a dados armazenados em computador, assim como outras condutas, já é objeto de projeto de lei de autoria do deputado Luiz Piauhyllino (PL n.º 84/99).

Por outro lado, em outras situações, o sistema de informática pode servir apenas como instrumento para a prática de um delito.

Proliferam casos dessa natureza, merecendo citação os crimes contra a honra e publicação de material envolvendo pornografia infantil na internet.

Caso interessante é citado pelo Desembargador José Carlos G. Xavier de Aquino, em sua obra *Ensaio sobre o Fato, a Verdade e a Certeza* (no processo penal): “Estive no final de junho de 2003 dando aula de encerramento no curso de doutorado das Faculdades de Direito Carlos III de Madrid e Pablo Olavide de Sevilha, ocasião em que mantendo conversa com os professores dessas universidades obtive a informação que, na Itália, um pentite (arrepentido) havia delatado vários chefes da máfia e, em razão disso, à guisa de vingança, parente seu fora executado a tiros, mas não chegara a morrer e, quando se encontrava em UTI em hospital da Sicília, se recuperando, um hacker da Suíça conseguiu adentrar no computador que monitorava o paciente e modificou seu medicação, de molde a levá-lo ao óbito” (2005, p. 34).

Vê-se, pois, que o sistema informático pode ser instrumento eficaz na prática de várias modalidades de crimes, sem que, para que essas condutas possam ser subsumidas aos respectivos tipos penais, haja necessidade de inovação legislativa.

Augusto Rossini, em sua obra *Informática, Telemática e Direito Penal*, registra que a maioria das sugestões de direito material existentes na Con-

venção de Budapeste já está tipificada no Brasil, restando poucas adaptações para que se possa aderir a ela (2004, p. 248).

Aqui, tanto nos crimes cometidos contra ou por computador, a internet vem sendo comumente utilizada.

A internet foi originariamente concebida pelo Departamento de Defesa norte-americano para evitar colapso nas comunicações em caso de guerra (projeto Arpanet), tendo como principal característica não possuir um comando central, de modo que, em caso de destruição de um ou mais computadores, os demais equipamentos ligados ao sistema continuariam operando.

Transformou-se em meio de comunicação de massa com a criação da world wide web, ou www, w3, web ou simplesmente rede mundial de computadores, no início da década de 90.

Para acessar páginas da internet, troca de e-mails, etc., é necessário que o usuário esteja conectado à rede, conexão que ocorre por intermédio de um modem, ligado a uma linha telefônica ou a um cabo.

Ao se conectar à rede, o usuário recebe um número exclusivo, conhecido por Internet Protocol (IP), que permite sua identificação.

Os protocolos representam a língua comum dos computadores que integram a internet, definindo como as informações podem ser transmitidas entre diferentes computadores e como qualquer máquina da rede pode ser identificada por um único endereço (SILVA, 2003, p. 24).

O provedor de acesso pode ser um provedor de internet, uma companhia telefônica ou mesmo uma organização particular, e controla milhares de endereços de IP, que são atribuídos aos assinantes, durante o período de conexão.

Essas informações são extremamente importantes na apuração dos crimes, notadamente na identificação da autoria, servindo como suporte, também, na definição da competência para processar e julgar a causa.

## **2. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA**

### **2.1 A COMPETÊNCIA EM MATÉRIA PENAL**

É clássica a conceituação da competência como medida de jurisdição, uma vez que cada órgão exerce a jurisdição dentro da medida que lhe fixam as regras sobre competência (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 237).

Ganha relevo, neste ponto, a garantia constitucional inserta no art. 5º, LIII, da Constituição Federal, assegurando que “ninguém poderá ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Diversos critérios são utilizados para se chegar ao órgão competente, passando pela definição do órgão jurisdicional competente, fixada de acordo com regras constitucionais; exame de eventual competência originária; competência territorial e competência do juízo.

Em relação à competência do órgão jurisdicional, a doutrina fala em Justiça especializada, para as Justiças militar e eleitoral, em oposição à Justiça comum da Justiça federal e estadual.

A competência originária, em regra, é dos órgãos de primeira instância; apenas excepcionalmente pertence a tribunais.

A competência de foro ou territorial, em matéria penal, ressalvados casos específicos, é fixada pelo local da consumação do crime, conforme prevê o art. 70 do Código de Processo Penal.

Foro é o território dentro de cujos limites o juiz exerce a jurisdição. Nas Justiças dos Estados, o foro de cada juiz de primeiro grau é o que se chama comarca; na Justiça Federal, é a seção judiciária. A competência de foro é, portanto, competência territorial (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 245).

Praticada a infração penal, então, para se chegar ao juiz competente, deve-se perquirir, de modo sucessivo, sobre a justiça competente, qual seja, comum federal ou estadual, militar e eleitoral (jurisdição competente), se o agente faz jus a foro por prerrogativa de função (competência originária), o foro competente (competência territorial) e, por fim, o juiz competente, na comarca ou seção, definido pela regra da distribuição ou pela natureza da demanda.

## **2.2 O INTERESSE DO ENTE FEDERAL PARA FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL**

A competência da Justiça Federal está delineada no art. 109 da Constituição Federal, podendo ser encarada sob dois aspectos, na lição do Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho: a) geral, abrangendo todo e qualquer crime não previsto de forma expressa na Constituição Federal, bastando que o ente federal seja atingido pela ação do agente; e b) específica, para aqueles crimes indicados no texto constitucional, sobressaindo-se interesse de cunho político da União (2005, p. 331).

De qualquer modo, seja geral ou específica, a competência criminal da Justiça Federal é absoluta.

Na hipótese de concurso de infrações penais, sujeitas à competência da Justiça Federal e estadual, não é demais citar o entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula n.º 122: “Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, “a”, do Código de Processo Penal”.

A regra matriz na definição da competência criminal geral está no art. 109, IV, da Constituição Federal, que dispõe ser de competência dos juízes federais “os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral”.

Recorrendo, novamente, às lições do Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho, basta que só um desses três elementos – bens, serviços ou interesse – estejam presentes para a configuração da norma da fixação da competência criminal geral da Justiça Federal. “Essa tricotomia é de significado simples, se definido por si só, dada a força com que cada termo encerra, embora, às vezes, se entrelacem, visto se confundirem ou serem sinônimos uns dos outros. A infração, atingindo um desses requisitos, vulnera os outros, já que é difícil delimitar a esfera do bem, do serviço, e a do interesse, de forma que uma não interfira na outra. O bem é serviço e se constitui em interesse. O serviço é bem e veste o traje do interesse. O interesse é bem e usa o chapéu do serviço” (2005, p. 351).

Pode-se citar, como exemplo de competência da Justiça Federal, entre os crimes contra o sistema informático, aquele previsto no art. 313-A do Código Penal, envolvendo a inserção de informações falsas na base de dados do INSS, possibilitando a percepção fraudulenta de benefício previdenciário em detrimento de autarquia federal.

De outro lado, o sistema informático pode servir apenas como instrumento da prática criminosa e, mesmo assim, a competência ser da Justiça Federal, caso reste configurada lesão a bens, serviços ou interesse de ente federal.

Como exemplo, o crime de ameaça contra servidor público federal, em razão de suas funções, cometido pelo envio de e-mail ou mesmo mediante publicação em página aberta da rede mundial de computadores.

### 2.3 CRIMES PREVISTOS EM TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

A competência da Justiça Federal, aqui, é firmada somente na hipótese de o crime ser previsto em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (CF, art. 109, V).

Os requisitos são cumulativos.

Como se vê, aplica-se a regra nos chamados crimes à distância, que envolvem dois ou mais países, como, por exemplo, na hipótese de um crime ser iniciado em um e consumado em outro país.

Relevante lembrar que a lei penal brasileira é aplicável aos crimes cometidos, no todo ou em parte, no território nacional, ou ao que nele, embora parcialmente, produziu ou deveria produzir seu resultado, nos termos do art. 6º do Código Penal (TOURINHO FILHO, 2005, p. 106).

Como crime de competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, V, da Constituição Federal, pode-se citar a prática do crime definido no art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), diante da veiculação na internet (Orkut) de fotografias com conteúdo pornográfico infantil.

O crime em questão está previsto em tratado internacional e que produz efeitos além do território nacional, uma vez que, após a veiculação na internet, as imagens passam a ser acessíveis em qualquer ponto do mundo, pela rede mundial de computadores.

Neste ponto, cabe ressaltar que a Convenção Sobre os Direitos da Criança foi incorporada ao direito pátrio pelo Decreto Legislativo n.º 28, de 24.09.90, e Decreto n.º 99.710, de 21.11.90.

Além disso, o Brasil aderiu ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, conforme Decreto Legislativo n.º 230, de 29.05.2003, e Decreto n.º 5.007, de 08.03.2004.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu nesse sentido: “O crime tipificado no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, consubstanciado na divulgação ou publicação, pela internet, de fotografias pornográficas ou de cenas de sexo explícito envolvendo crianças ou adolescentes, cujo acesso se deu além das fronteiras nacionais, atrai a competência da Justiça Federal para o seu processamento e julgamento.” (STF - HC 86289/GO – Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI – DJ 20-10-2006 PP-00062 EMENT VOL-02252-02 PP-00296)

De igual modo, a prática do crime previsto no art. 20 da Lei n.º 7.716/89 (racismo) por intermédio da rede mundial de computadores, alcançando o exterior, também está inserida na competência da Justiça Federal.

Referido crime está previsto em tratado internacional - Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial - incorporado ao direito pátrio pelo Decreto Legislativo n.º 23, de 21.06.1967, e Decreto n.º 65.810, de 08.12.1969.

Não basta que o crime esteja previsto em tratado para deslocar a competência para a Justiça Federal, exigindo, o texto constitucional, que, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.

Assim, por exemplo, a prática do crime previsto no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), que trata da conduta de “adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”, apesar de prevista em tratado internacional, não será da competência da Justiça Federal se, iniciada a execução no território nacional, não gerar efeitos no exterior, ou vice-versa, ainda que o crime tenha sido praticado pela internet.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região abordou bem o assunto: “Para fins do disposto no artigo 109, inciso V, da CF/88, não havendo dúvidas de que o início da execução das condutas em tese perpetradas se deu no Brasil, mister restar demonstrada que a consumação de alguma das infrações tenha ou devesse ter ocorrido no exterior. Tal assertiva não se modifica nas hipóteses em que a Internet é utilizada como meio para o cometimento de crimes: a prova (ou, pelo menos, indícios suficientes de prova) da execução do delito no Brasil e da sua consumação no exterior, ou vice-versa, mantém-se como pressuposto para que o feito seja processado e julgado pela Justiça Federal. Assim, as questões envolvendo a competência para julgar crimes cometidos via Internet exigem exame casuístico, não se presumindo que a simples utilização do meio virtual para a prática de delitos extrapole, por si só, os limites do território nacional” (TRF4/7ª Turma - RSE Processo: 200570010046756 UF: PR - Fonte D.E. 11/06/2008)

#### **2.4 O CARÁTER RESIDUAL DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL**

Como ensina Júlio Fabbrini Mirabete, tudo o que não cabe na competência das justiças especiais e da Justiça Federal é da competência da

chamada Justiça Comum Estadual, por exclusão (2001, p. 243).

Assim, excluída a competência da Justiça Militar e Eleitoral e não estando a matéria inserida na competência da Justiça Federal (CF, art. 109, IV, V, V-A, VI, IX e X), caberá à Justiça Comum Estadual processar e julgar a infração penal.

E esse raciocínio também é válido para os crimes cometidos contra o sistema informático ou tendo ele como instrumento, ainda que pela internet.

Sobre o assunto: “A suposta prática de estelionato em desfavor de correntista do Banco do Brasil, por intermédio da rede mundial de computadores, não altera a competência da Justiça Estadual, nos termos da Súmula n.º 42 do STJ” (STJ/3ª Seção - CC 46559 - Processo: 200401370621 UF: SP - Rel. Min. LAURITA VAZ - DJ 13/12/2004 PG:00215 LEXSTJ VOL.:00185 PG:00257).

## 2.5 A DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL

Definida a justiça competente, qual seja, comum federal ou estadual, militar e eleitoral, importa indagar onde o processo deverá tramitar.

Neste ponto, a regra geral fixada pelo art. 70 do Código de Processo Penal é no sentido de que “a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução”.

Importante dizer, na forma do art. 14, I, do Código Penal: diz-se o crime consumado, “quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal”.

Adotou-se a teoria do resultado, para efeito de fixação da competência territorial.

Fernando da Costa Tourinho Filho ensina que o lugar onde a infração foi consumada é, sem dúvida, o foro mais racional. Aí foi violada a lei, aí foi provocada a ação da Justiça, aí deve ser punido o delinquente. Nesse lugar, sendo ou não o domicílio do réu, há maior facilidade para coligir os esclarecimentos e provas necessárias. Ademais, é o lugar onde o exemplo da repressão é exigido (2005, p. 91-92).

A regra geral, evidentemente, aplica-se aos crimes cometidos contra o sistema informático ou tendo ele como instrumento.

Desse modo, o funcionário público que insere dados falsos no sistema informático do órgão em que trabalha para obter vantagem indevida para si, deve ser processado pelo crime previsto no art. 313-A do Código Penal onde o crime se consumou, em regra, a localidade onde está localizada a repartição de lotação do agente.

A dificuldade se apresenta nas hipóteses em que o crime foi praticado pela internet.

Deve ser observado, tanto quanto possível, a regra do art. 70 do CPP: a competência territorial será definida pelo local da consumação da infração.

Assim, “no caso de fraude eletrônica para subtração de valores, o desapossamento da res furtiva se dá de forma instantânea, já que o dinheiro é imediatamente tirado da esfera de disponibilidade do correntista. Logo, a competência para processar e julgar o delito em questão é o do lugar de onde o dinheiro foi retirado, em obediência a norma do art. 70 do CPP” (STJ/3ª Seção - CC 86862 - Processo: 200701370986 UF: GO – Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - DJ 03/09/2007 PG:00119).

Nos casos em que os crimes se consumam com a “publicação” na internet, que ocorre praticamente de modo instantâneo à disponibilização do conteúdo, a competência deve ser fixada pelo local de onde partiu a conexão de rede nesse momento, não importando onde esteja localizado o provedor, que, muitas vezes, está sediado em outra localidade.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu desse modo: “A consumação do ilícito previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente ocorre no ato de publicação das imagens pedófilo-pornográficas, sendo indiferente a localização do provedor de acesso à rede mundial de computadores onde tais imagens encontram-se armazenadas, ou a sua efetiva visualização pelos usuários” (STJ/3ª Seção - CC 29886 - Processo: 200000570478 UF: SP – Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - DJ 01/02/2008 PG:00427 RT VOL.:00871 PG:00517).

Como lembra Augusto Rossini, apesar de toda evolução tecnológica, é o ser humano o agente das infrações. A pessoa humana, apesar de interagir no espaço virtual, ocupa um espaço físico, absolutamente concreto e palpável (2004, p. 172).

E é nesse local, concreto e palpável, que a persecução criminal deve ocorrer.

De fato, é a melhor solução, uma vez que, em regra, o local de acesso à internet no momento da consumação do crime é onde estão reunidos os elementos necessários à prova do crime e serão realizadas diligências para descoberta da verdade, a exemplo de busca e apreensão nos equipamentos.

Como leciona Fernando da Costa Tourinho Filho, “quando se firmou a regra do locus commissi delicti para a instauração do processo, o legislador objetivou, com a medida, maior correspondência às exigências da Justiça, como a facilidade da colheita do material probatório, a comodi-

dade da defesa e a exemplaridade da persecução penal” (2005, p. 101-102).

Enquanto não identificado de onde partiu a conexão de rede, o critério da prevenção deve definir a competência durante a investigação (CPP, art. 83), sem prejuízo de posterior encaminhamento do processo ao juízo onde se consumou a infração.

Decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região abordou com propriedade o tema: “2. O local da sede da empresa, responsável pelo sítio da internet utilizado para postar os vídeos incriminadores, não pode ser considerado o local da consumação do delito, e portanto não constitui critério de verificação de competência penal. Igualmente, não pode ser considerado local da consumação do crime o local onde situam-se os computadores (servidores) que hospedam as páginas do sites da internet utilizados para publicação das mensagens supostamente racistas. 4. A tecnologia de programação empregada nos sítios do gênero, existentes na internet, permite que o usuário remoto publique, por conta própria, conteúdo nas páginas do site administrado por determinada empresa e dessa forma, é o próprio usuário que, do local onde se encontra, publica as mensagens ou imagens de conteúdo supostamente racista, e portanto esse seria o local da consumação do crime. Contudo, tal local, no caso dos autos, não foi identificado. 5. A autoria do delito é, até o momento, ignorada, não sendo portanto conhecido o domicílio ou residência do réu. 6. A solução é determinar-se a competência pelo juízo que primeiro tomou conhecimento do caso, nos termos do artigo 83 do Código de Processo Penal, como regra subsidiária e assim, competente é o Juízo Federal de Campinas, a quem foi primeiramente distribuída a representação criminal.” (TRF3/1ª Seção - CJ 11014 - Processo: 200803000237872 UF: SP – Rel. JUIZ MÁRCIO MESQUITA - DJF3 13/03/2009 P. 176)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De um modo geral, esses critérios permitem o operador do direito chegar ao órgão jurisdicional competente.

É certo, contudo, que novas práticas criminosas no âmbito informático, aliada à constante evolução tecnológica, dificultam a elaboração de um modelo estático na fixação da competência, cabendo ao intérprete, diante do caso concreto, a busca da solução mais adequada.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, José Carlos G. Xavier. **Ensaio sobre o fato, a verdade e a certeza (no processo penal)**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

ARAS, Vladimir. **Crimes de informática: uma nova criminalidade**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2250>>. Acesso em 29 jun 2009.

CARVALHO, Vladimir Souza. **Competência da justiça federal**. 6ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

CASTRO, Aldemário Araújo. **A internet e os tipos penais que reclamam ação criminosa em público**. Disponível em <<http://www.aldemario.adv.br/crimesinformpublic.htm>>. Acesso em 29 jun 2009.

CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES, Luis Flávio. **Direito penal. Vol. 2. Parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LAWAND, Jorge José. **O direito penal e a internet – o surgimento de novos crimes**. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri1/Pdf/pdf\\_163/R163-11.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri1/Pdf/pdf_163/R163-11.pdf)>. Acesso em 29 jun 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2009.

SILVA, Rita de Cássia Lopes da. **Direito penal e sistema informático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ROSSINI, Augusto. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2005.

# A RECORRIBILIDADE DA LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS NOS LITÍGIOS AMBIENTAIS

*Alexandre Henrique Tavares Saldanha*

Bacharel em Direito pela UNICAP  
Especialista em Direito Processual Civil pela UFPE  
Mestre em Direito Público pela UFPE  
Professor universitário de Direito Processual Civil e Direito Ambiental  
Advogado

**RESUMO:** A proposta do artigo consiste em analisar o cabimento da decisão liminar inaudita altera pars no sistema processual, enfatizando sua importância no contexto do direito processual ambiental. Não somente a decisão de forma liminar como também a possibilidade de recorrer de sua concessão ou denegação consiste em preceito básico para prestação adequada da tutela jurisdicional dos interesses ambientais, sem as quais ficará descaracterizado o devido processo legal difuso.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Do Pedido de Liminar Antecipatória. 3. Do contraditório perante a decisão liminar. 4. O recurso cabível contra decisão denegatória de liminar inaudita altera pars. 5. A necessidade de urgência nos Processos Ambientais. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO:

Lição básica no Direito Processual Civil é a de que para toda decisão judicial caberá uma forma de impugnação por meio de recurso adequado. Por mais que as ondas de reformas no código de processo civil tenham criados situações em que tal regra é desrespeitada, arguindo-se para irrecorribilidade de determinadas manifestações judiciais, a praxe e a interpretação do sistema processual levam à possibilidade de interposição de recurso contra qualquer ato judicial com conteúdo decisório.

Assim como praxe e jurisprudência podem determinar que, em situações para as quais não haveria previsão legal de recorribilidade, poderá ser interposta a impugnação recursal, podem também criar situações inversas tornando irrecorribéis decisões potencialmente lesiva aos interesses das partes. Decisões estas que, ao menos segundo os princípios recursais e os melhores entendimentos teóricos, podem e devem ser objeto de recursos.

Um exemplo de criação decorrente de praxe e jurisprudência que nega recorribilidade a decisão judicial potencialmente lesiva é a frequente denegação de recurso para impugnar ato judicial que posterga para após contestação a manifestação do juízo sobre o pedido liminar de antecipação de tutela. É da própria natureza deste pedido a indicação de situação emergencial que requer providência jurisdicional imediata e, em assim sendo, não pode esperar todo o trâmite necessário para a realização da citação e o prazo para resposta do réu. Desta forma, é adequado que a parte lesada pela postergação receba oportunidade de levar a discussão ao segundo grau. No entanto, não seguem esta linha de raciocínio os entendimentos jurisprudenciais, alegando que ainda não houve decisão a ser impugnada.

Evidente que nem toda situação em que se pleiteia a antecipação de tutela envolve real urgência, uma vez que tal instituto dá margem a diversas “aventuras” processuais e seus pressupostos nem sempre são respeitados pelos litigantes que, a torto e a direito, pedem de forma liminar. Mas, em algumas situações, a urgência existe de forma manifesta e a qualidade do interesse envolvido no litígio requer providências imediatas e possibilidades de rediscussão também imediatas. Uma destas situações é a do processo ambiental, pois, pela natureza do próprio interesse difuso envolvido, requer medidas urgentes e ainda mais respeito às regras do contraditório e ampla defesa no processo civil.

## **2. DO PEDIDO DE DECISÃO LIMINAR ANTECIPATÓRIA:**

Objeto de desejo, alegria e tristeza do dia-a-dia da praxe judiciária, a decisão chamada de liminar é também objeto incompreendido e, às vezes, desvirtuado pela prática processual. Nem sempre as partes interessadas conhecem bem os contornos desta expressão de vários sentidos, mas, a despeito da má técnica e do desconhecimento, liminares são requeridas em quase todas as demandas cíveis atuais, sem que, ao menos, se faça uma especificação de qual exatamente decisão liminar está a se pedir.

Evidente que não somente as partes e seus procuradores são agentes de enganos relacionados com a teoria e prática das liminares. Os juízes, aqui compreendidos em sentido lato como julgadores, também, em diversas oportunidades, se equivocam na determinação de efeitos de qual liminar especificamente está concedendo bem como em especificar que está negando um requerimento liminar pretendido pela parte - o que prejudica o interesse do prejudicado em recorrer, impugnando a decisão denegatória.

O sistema processual pode entender ser preferível manter suas formas convencionais de tutela jurisdicional pelos modos do procedimento ordinário e ignorar necessárias intervenções jurisdicionais imediatas consequentes de situações emergenciais, dando respostas provavelmente tardias e inúteis às pretensões das partes e recaindo em casos de ineficácia da tutela jurisdicional, ou fazer a opção de dispor de medidas judiciais imediatas capazes de preservar não somente o direito ameaçado de dano como também a própria instrumentalidade do processo<sup>1</sup>.

Entendendo ser impossível tutelar adequadamente todas as situações decorrentes da velocidade da vida moderna pelos moldes tradicionais do processo, o sistema processual seguiu a tendência de adotar medidas de caráter emergenciais adequadas para tutelar situações carentes de providências urgentes. Optando por oferecer proteção jurisdicional às situações emergenciais, o sistema processual concede ao juiz a oportunidade de contentar-se apenas com a probabilidade de existência do direito, tornando, em princípio, desnecessária a convicção decorrente de investigação profunda e exauriente<sup>2</sup>.

A constatação de que o sistema processual não poderia ficar preso aos padrões da ordinariedade procedimental e aos seus próprios dogmas, em detrimento de maior eficácia na tutela jurisdicional prestada, levou ao desenvolvimento das tutelas de urgência, especificamente a cautelar e a antecipatória de pretensão material. Processos Cautelares e Antecipações de Tutela passam a ser vistos como a resposta dada pelo próprio sistema processual ao problema entre cognição exauriente e medidas emergenciais. Os primeiros surgindo como resposta teórica aos clamores de resposta emergencial; a segunda surgindo da própria aplicabilidade dos processos cautelares.

Entre tutela cautelar e antecipação de tutela há diversas diferenças,

1 SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**, Vol. 3. São Paulo: Editora RT, 2000. Página 18.

2 Ibidem. Página 18.

principalmente no que diz respeito às conseqüências de sua aplicação em demandas processuais. Ambas podem ser consideradas espécies de tutelas de urgência, mas os efeitos que produzem na relação processual, e nas pretensões das partes, são significativamente diferentes.

As medidas cautelares são destinadas a remediar uma situação emergencial tornando eficazes atos de proteção e segurança, no intuito de evitar lesões às esferas de interesses jurídicos das partes, agindo de forma adequada e suficiente com o objetivo de assegurar que, na decisão final, a pretensão material seja satisfeita<sup>3</sup>. Enfatizando que a natureza da medida cautelar é de representar segurança, medida de proteção, e não de satisfação imediata dos interesses das partes, “seu objetivo primordial consiste em garantir e assegurar a satisfação do bem da vida da ação principal”<sup>4</sup>.

É exatamente na questão da “satisfatividade” que reside a diferença entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela, pois, naquela, age-se em prol da segurança e da garantia de que a própria tutela jurisdicional terá eficácia no momento da decisão final, enquanto que a tutela antecipada antecipa a satisfação da pretensão, concedendo com base em provisoriedade e verossimilhança aquilo que a parte quer. A antecipação satisfaz o autor, pois este, no momento em que a requer, não pretende outra coisa senão aquilo que tem como objetivo da demanda, diferente de quando pede medida cautelar, uma vez que esta é destinada a garantir efetividade da jurisdição, fazendo referência a um resultado ou a outra tutela de direito material<sup>5</sup>.

A despeito desta diferença de efeitos, ambas possuem natureza de tutela de urgência, apesar da possibilidade de haver antecipação de tutela sem que haja necessariamente situação emergencial, no caso desta ser aplicada em decorrência de atos de improbidade processual por abuso de defesa. Assim, constata-se que os requisitos de verossimilhança e perigo de lesão, na verdade, são pressupostos tanto para uma medida cautelar quanto para uma antecipação de tutela. A verossimilhança é requisito em comum, pois ambas não esgotam as vias da cognição necessária para a decisão final, sendo assim consideradas medidas provisórias, ambas “são relacionadas com uma tutela final, e neste sentido podem ser ditas interinais, no sentido de que não aspiram a assumir a posição de tutela satisfativa definitiva[...]”<sup>6</sup>.

3 ORIONE NETO. Luiz. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2004. Página 04.

4 *Ibidem*. Página 04.

5 MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Cautelar**. São Paulo: Editora RT, 2008. Página 61.

6 MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Cautelar**. São Paulo: Editora RT, 2008. Página 86.

Nesta perspectiva, a diferença reside não no que pressupõe as tutelas, mas, sim, na adequação de uma delas para remediar a situação emergencial. Pode ser que a satisfação provisória da pretensão não satisfaça a necessidade de cautela, de segurança requerida na demanda processual. No entanto, por óbvio, há situações em que a antecipação do resultado pretendido representa a medida adequada para remediar o fato lesivo. Desta forma, o exame judicial é prospectivo e não retrospectivo para diferenciar uma decisão com natureza cautelar de uma antecipação de resultado, apesar do sistema processual exigir como pressuposto a presença de prova inequívoca.

No que diz respeito especificamente ao pedido de antecipação de tutela, esta não se confunde com o conceito de liminar, até porque a tutela antecipada pode ser concedida liminarmente ou não. “Por medida liminar deve-se entender medida concedida in limine litis, isto é, no início da lide sem que tenha havido ainda a oitiva da parte contrária”<sup>7</sup>, ou seja, não é uma decisão propriamente dita, mas, sim, um adjetivo a que se atribui a uma forma de decidir. Decidir de forma liminar é tomar uma providência de natureza urgente, antes até da manifestação da parte ré, podendo recair em situação de antecipação ou de providência cautelar.

Assim, pela melhor técnica o pedido de liminar antecipatória consiste no requerimento feito ao juízo no intuito dele satisfazer imediatamente, porém de forma provisória, a pretensão do autor, sem ao menos aguardar a manifestação da parte contrária. Oportunidade na qual, caso seu pleito liminar seja negado, o requerente tem o direito constitucional de recorrer de tal decisão, sem que isto represente qualquer ofensa ao princípio do contraditório.

### 3. DO CONTRADITÓRIO PERANTE A DECISÃO LIMINAR:

Conforme explanado, uma decisão liminar consiste numa decisão proferida mesmo antes da parte ré se manifestar. Consequentemente, uma liminar antecipatória é o pedido feito ao juízo para que a providência final seja antecipada, diante da circunstância de não haver tempo hábil para escutar a parte contrária.

A concessão da liminar inaudita altera pars é justificável quando as circunstâncias levam à necessidade do juiz ficar convicto de que

7 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 2. Salvador: Editora Jus Podium, 2008. Página 615.

este adiantamento de resultado alcançará a segurança pretendida pela própria jurisdição, tomando providências imediatas mesmo adiando o contraditório<sup>8</sup>. Isto significa que haverá contraditório e este somente será postergado para momento posterior ao da decisão já proferida.

Para a regularidade do litígio e plena satisfação do devido processo legal, é necessário que haja contraditório, mas isto não significa dizer que este deverá ser sempre prévio a qualquer tomada de posição do órgão judicial. “Para cumprir a exigência constitucional do contraditório, todo modelo procedimental descrito em lei contém e todos os procedimentos que concretamente se instauram devem conter momentos para que cada uma das partes peça, alegue e prove”<sup>9</sup>. Sendo assim, dada a oportunidade para a parte se manifestar no processo, nada impede que o juiz já tenha decidido de forma liminar, tomando alguma providência de natureza emergencial, devido às circunstâncias.

Após a concessão da decisão liminar, a parte que se sentiu lesada terá todas as oportunidades previstas no sistema processual para poder se manifestar e reagir contra a decisão proferida, efetivando desta forma o contraditório. Evidente que, para plenitude do contraditório, é imprescindível que a parte seja informada do ato processual, uma vez que esta exigência constitucional é teoricamente identificada pelo binômio informação e reação<sup>10</sup>. Porém, interpretar a exigência do contraditório como condição para tomada de decisões urgentes é pôr em risco a própria natureza da tutela de urgência. O órgão jurisdicional recebeu do sistema processual autorização para julgar mediante verossimilhança, no intuito de eximi-lo do dever de julgar apenas após plena ouvida das partes e análise de tudo que estas possam produzir no processo, e assim poder incorporar à tutela jurisdicional graus de efetividade das decisões<sup>11</sup>.

Pode ser dito então que, dependendo das circunstâncias da demanda, o juiz está autorizado a decidir liminarmente, postergando o contraditório. Não haverá qualquer violação deste princípio constitucional, ocorrerá apenas seu adiamento para depois da medida de urgência<sup>12</sup>. Consequentemente,

8 MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Cautelar**. São Paulo: Editora RT, 2008. Página 129.

9 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno, Vol. I**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. Página 126.

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno, Vol. I**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. Página 127.

11 SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência), Vol. 3**. São Paulo: Editora RT, 2000. Página 19.

12 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual**

pode-se afirmar que o pedido liminar feito pelo autor é plenamente lícito e autorizado pelo sistema processual, possuindo ele o direito de requerer tutela emergencial antes da ouvida do réu. Sendo assim, a partir do momento em que o juiz posterga sua manifestação sobre o pleito liminar para após manifestação da parte ré, na verdade ele está negando um pedido por meio de decisão interlocutória.

#### **4. O RECURSO CABÍVEL CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS**

Mais do que um poder, é dever do juiz tomar quaisquer providências necessárias no sentido de resguardar os interesses das partes contra situações potencialmente lesivas, uma vez que sua decisão representa a vontade jurisdicional e todos os seus objetivos. É exatamente este poder-dever que o autoriza a decidir liminarmente, antecipando uma providência que só adviria ao final do processo, mesmo desprovida de qualquer efetividade.

Como visto, as decisões liminares não representam ofensa ao contraditório, pois a parte receberá oportunidade de manifestar-se e reagir contra a decisão. No entanto, este momento será posterior ao da tomada de providência antecipatória. Assim, do mesmo modo que a parte que se sentiu lesada pela decisão liminar receberá oportunidade de manifestar sua resignação, a parte requerente da medida deve poder oferecer sua impugnação à decisão do juiz que nega o pleito liminar.

Sendo assim, pelos melhores entendimentos, quando a parte autora requer, em sua inicial, que seja concedida liminar antecipatória, ela o faz com a pretensão de que uma determinada medida judicial seja providenciada antes da ouvida da parte ré. Então, caso o órgão judicial postergue a análise do pedido liminar para depois da manifestação do réu, ele estará, ao mesmo tempo, negando um pedido por meio de decisão interlocutória absolutamente recorrível dentro dos parâmetros do sistema recursal. Conclusão esta que faz perceber a discordância entre a teoria e prática das liminares, pois a praxe vem consolidando a postura do juiz de adiar a análise do pedido liminar, sem que isto seja reconhecido como decisão recorrível.

Em sendo decisão interlocutória, a denegação de liminar inaudita altera pars poderá ser impugnada por via do Agravo de Instrumento, pois esta

---

Civil, Vol. 2. Salvador: Editora Jus Podium, 2008. Página 616.

modalidade de agravo tutela adequadamente a necessidade de exame urgente inerente ao pedido de antecipação de tutela. O agravo em sua forma retida atende aos casos em que não há interesse em revisar de imediato a decisão impugnada e, assim, com o objetivo de poupar tempo e despesas processuais, este recurso fica retido nos autos para ser conhecido na oportunidade do julgamento da apelação a ser eventualmente interposta<sup>13</sup>.

Atualmente, a forma retida do agravo constitui a forma padrão de uso deste recurso<sup>14</sup>, sendo reservadas ao agravo de instrumentos situações excepcionais, incluindo aquelas em que as partes estejam sob risco de lesão grave e de difícil reparação.

Conforme já analisado, uma decisão liminar pode alternar conteúdo cautelar ou satisfativo de pretensão material, mas sempre será considerada instrumento inerente à tutela de urgência. Procedente ou não, o pedido liminar argumenta sempre pela presença de situação potencialmente lesiva carente de providência emergencial do poder judicial. Conseqüentemente, caso seja necessário discutir a questão do pleito liminar em segundo grau de jurisdição, o meio adequado será o agravo de instrumento, pois representa situação excepcional. Este recurso será cabível tanto contra as decisões interlocutórias que concede a liminar *inaudita altera parte*, quanto contra decisões que negam esta liminar<sup>15</sup>. A diferença entre as situações de concessão ou denegação é que na primeira o recurso poderá ser recebido com seu efeito suspensivo, e assim obstar a efetividade da decisão liminar, e na segunda hipótese o recurso poderá ser recebido com o chamado efeito ativo, oportunidade em que o tribunal poderá conceder a antecipação pretendida.<sup>16</sup>

A recorribilidade da decisão denegatória de decisão liminar, incluindo nesta categoria a que adia o julgamento para depois da contestação, é necessária para satisfação dos interesses da jurisdição, pois, diante de situações emergenciais potencialmente lesivas, é função do órgão judicial remediar a urgência com a tutela que melhor se aplique. Evidente que, na praxe, nem todas os casos levados à análise jurisdicional possuem real natureza de demandas de urgência, justificando, assim, não somente

13 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. 5**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005. Página 497.

14 MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo do Conhecimento**. São Paulo: Ed. RT, 2006. Página 547.

15 ORIONE NETO, Luiz. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2004. Página 218.

16 Ibidem. Página 218

a denegação da liminar quanto o improvimento do próprio recurso eventualmente interposto. No entanto, a depender dos interesses envolvidos no processo, tanto a liminar quanto o efeito ativo do agravo de instrumento tornam-se instrumentos eficazes para a adequação da tutela jurisdicional destes interesses, como no caso dos processos em que são discutidas questões ambientalistas de relevância difusa.

## 5. A NECESSIDADE DE URGÊNCIA NOS PROCESSOS AMBIENTAIS:

Mais do que em qualquer outra seara da ciência processual, no âmbito dos interesses transindividuais, faz-se necessária ação eficaz do poder judiciário no sentido de fornecer uma tutela jurisdicional adequada à natureza e relevância destes. O desenvolvimento teórico e legislativo a respeito dos interesses difusos materiais, aqui especificamente sobre o direito ambiental material, acarretou em mudanças de paradigmas na teoria geral do processo, pois diversos de seus dogmas tiveram de ser reinterpretados com o fim de compatibilizar-se com as especificidades de tais interesses. Além disto, mais do que uma mudança paradigmática no uso e desenvolvimento de técnicas processuais, a proteção jurisdicional aos interesses difusos requer uma alteração na postura do próprio julgador, principalmente no que concerne às exigências da tutela de urgência.

Antes de qualquer outra coisa, é necessário focar o tema no direito processual ambiental. Consequência necessária da repercussão e desenvolvimento do direito material ambiental, esta nova designação para o modelo de processo a ser aplicado às demandas ambientalistas satisfaz, ou ao menos tenta satisfazer, as exigências constitucionais e infra-legislativas quanto à proteção adequada ao meio ambiente e a co-responsabilidade de todos os poderes estatais nesta questão.

A Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) estabelece que, para fins desta lei específica, e também para caracterização do direito material ambiental, entende-se, por meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (Art. 3º, I), ainda prevendo em seus termos gerais o princípio de que deva haver uma ação estatal conjunta na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como patrimônio público a ser necessariamente protegido (Art. 2º, I).

De nada adiantaria uma política nacional do meio ambiente, caso não se

considerasse que é dever de todos os integrantes do poder público promovê-la, devendo, então, qualquer dos três poderes assumir responsabilidades ambientais. No caso específico do poder judiciário, mais do que uma questão de gestão ambiental, assumir responsabilidade ambiental traduz-se, também, em fornecer tutela jurisdicional adequada à natureza dos interesses ambientais quando representarem causa de pedir em litígios processuais. Daí a necessidade de falar em direito processual difuso e direito processual ambiental.

Alem de seguir parâmetros estabelecidos por legislação infra-constitucional, no caso a lei da política nacional do meio ambiente, a postura do processo em prol dos interesses ambientalistas representa, também, sua conformidade com exigências constitucionais, pois a constituição prevê uma eficaz proteção à qualidade do meio ambiente. A relação processo e constituição é necessária para a própria configuração do Estado de Direito, e assim é consequência inevitável que a ciência processual busque formas de tutelar adequadamente interesses protegidos na constituição. “O processo moderno implica em especial interpretação com a lei e as normas ditas constitucionais. Cumpre-lhe informar a própria constituição porque foi ele o inspirador destas garantias todas a que nos temos referido. Com o destaque maior conferido à jurisdição constitucional da liberdade novas perspectivas abrem-se na área do processo nas suas ligações com a constituição mesma”<sup>17</sup>.

O direito processual ambiental traz como conseqüências, então, diversas alterações de ordem técnica e de ordem da própria atuação do judiciário, requerendo de seus representantes uma postura menos presa aos tradicionais cânones da ciência processual e mais compatível com as exigências dos interesses difusos.

Por mais que seja necessária, para a validade da atuação jurisdicional, uma postura imparcial do seu representante, não se pode defender que este julgador seja neutro em relação às condições sociais e culturais do contexto em que vive e decide um conflito de interesses. “Da complexidade do relacionamento social, quando o jurídico se entrelaça com o político, o religioso, o cultural, o econômico, etc., surgirá uma verdadeira corrente ligando o jurídico aos órgãos de decisão, sem a exclusão (sob influências e correlações) dos diversos elementos constitutivos de relacionamento

---

17 ROCHA, José de Moura. **Estudos sobre processo civil, Vol. III**. Recife: Editora da UFPE, 1995. Página 19.

social<sup>18</sup>. A influência de uma decisão judicial no andamento do complexo social vem sendo ampliada e cada vez mais percebida na mobilidade social<sup>19</sup>, acarretando numa maior responsabilização dos órgãos julgadores pela tutela jurisdicional oferecida, em geral e mais especificamente no que diz respeito aos interesses difusos.

Especificamente considerando os interesses ambientalistas, o direito processual tem o dever de prestar tutela jurisdicional adequada, conforme visto pela óptica da constituição e da política nacional do meio ambiente. Sendo assim, deve-se levar em consideração as características de um litígio ambientalistas para poder decidir de forma eficaz. Por consequência, a tutela jurisdicional de urgência deve ser particularmente bem interpretada e aplicada aos processos ambientais, devido à natural emergência intrínseca aos interesses envolvidos.

Não somente princípios constitucionais, a exemplo do acesso à justiça e da tempestividade da jurisdição, como também o próprio compromisso institucional do poder judiciário com a adequação da tutela jurisdicional levam a uma atuação mais positiva e prospectiva no processo contemporâneo, especificamente no tocante ao processo coletivo<sup>20</sup>. O sistema processual, para poder prestar de forma adequada a tutela jurisdicional às causas coletivas levadas a juízo, poderá, inclusive, atualizar e flexibilizar suas regras de procedimento<sup>21</sup>, levando à constatação específica de que decisões liminares e sua recorribilidade são mais do que justificadas em demandas ambientais, são necessárias para configuração do devido processo legal em termos de interesse difuso.

As liminares representam instrumentos de alta eficácia no campo do direito processual ambiental, pois suprem, ou podem suprir, a necessidade de soluções urgentes para situações emergenciais potencialmente lesivas ao meio ambiente. Em respeito ao princípio do acesso à justiça previsto na constituição federal, o sistema processual permite o uso de quaisquer ações e medidas capazes de tutelar os interesses ambientais, incluindo não somente as técnicas procedimentais do processo de conhecimento, como

---

18 ROCHA, José de Moura. **Estudos sobre processo civil, Vol. II**. Recife: Editora da UFPE, 1982. Página 270.

19 Ibidem. Página 271.

20 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil, Vol. 4**. Salvador: Editora Jus Podium, 2008. Página 138.

21 Ibidem. Página 138.

quaisquer outras tutelas de ordem executiva, cautelar ou mandamental<sup>22</sup>. Não houve qualquer restrição de uso das técnicas processuais previstas no ordenamento para remediar as situações de crises em interesses ambientais, “verifica-se que o legislador infra-constitucional procurou facilitar e incentivar a tutela ambiental, trazendo instrumentos aptos a conferir a sua efetividade, em respeito ao princípio do livre acesso à justiça<sup>23</sup>.”

Além da compatibilidade com o acesso à justiça, e, assim, a consequente oferta irrestrita de técnicas processuais aos interesses ambientais, o processo ambiental deve levar em conta as exigências constitucionais de celeridade, sendo estas elevadas à potência máxima na esfera do meio ambiente. Tal exigência repercute de diversas maneiras no processo ambiental, não somente no sentido de impedir com maior rigor manobras procrastinatórias, como também no sentido de atingir o mais rápido possível uma solução para a situação, seja definitiva por decisão final, seja provisória por decisão liminar. A exigência constitucional da razoável duração do processo não contém critérios objetivos que a definam ao ponto de determiná-la em concreto, devendo, assim, ser concretizada pela atuação do órgão judicial, observando de forma acentuada a natureza dos interesses em conflito, alguns considerados essenciais à qualidade de vida<sup>24</sup>.

É exatamente esta essencialidade dos interesses envolvidos em demandas processuais ambientais que acarreta numa maior observância dos deveres de prestar tutela de urgência e no poder-dever de tomar providências liminares. Todos os problemas jurídicos ambientais referentes à determinação de uma obrigação exigem não somente uma solução rápida, mas também específica, no sentido de concretizar o dever ambiental original<sup>25</sup>. Esta solução rápida pode advir de uma providência de natureza satisfativa ou de natureza cautelar, no entanto, a liminar antecipatória representa com maior compatibilidade a resposta adequada à crise de emergência surgida no processo ambiental.

A prestação específica da obrigação ambiental prevista em norma legal é o objetivo levado em processo, sendo esta a pretensão da parte desde o início

---

22 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. Página 420.

23 *Ibidem*. Página 421.

24 *Idem*. **Princípios do Direito Processual Ambiental**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. Página 92.

25 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo Civil Ambiental**. São Paulo: RT, 2008. Página 59.

da demanda.<sup>26</sup> Evidentemente, o órgão judicial não está autorizado a tomar providência liminares apenas pela emergência intrínseca aos interesses ambientais, a despeito de um mínimo de segurança jurídica. A tutela adequada do equilíbrio ecológico não somente é difusa como também é indisponível, assim, pela natureza do direito envolvido o magistrado exigirá um mínimo de probabilidade para concessão de medidas emergenciais<sup>27</sup>.

É necessário que a tutela jurisdicional se desfaça de suas amplas exigências de cognição exauriente para poder se compatibilizar com a urgência nos provimentos relacionados com interesses difusos ambientais. Faz parte da própria natureza do direito material envolvido que haja uma solução célere, mesmo que provisória, ao pleito apresentado, legitimando desta forma a atuação liminar do órgão julgador ao conceder uma tutela antecipatória antes mesmo da ouvida da parte contrária, “tutela urgente significa urgência da tutela, e, portanto, o aspecto da urgência não tem o condão de alterar a substância da solução prevista no direito material. O que existe é que em determinadas situações específicas, atípicas e invulgares, o jurisdicionado se vê aflito em razão de um perigo iminente que poderá comprometer o próprio direito reclamado ou então o meio instrumental de impor dita solução”<sup>28</sup>.

Pelas lições expostas, a decisão liminar é extremamente necessária para a boa prestação da tutela jurisdicional aos interesses ambientais. Quando a situação levada ao juízo requerer providência imediata, a parte autora poderá pleitear decisão liminar e mesmo se o julgador de primeiro grau a negar, a parte interessada poderá fazer uso do agravo de instrumento, no intuito de conseguir o efeito ativo desta modalidade recursal.

A praxe de prorrogar a manifestação quanto à liminar para após a defesa do réu, representa, na verdade, pelo menos para os fins do direito processual ambiental, uma decisão denegatória de liminar inaudita altera pars, permitindo que aquele que a pediu impugne a decisão por via do agravo de instrumento. O tribunal, por sua vez, não pode deixar de reconhecer a recorribilidade, pois se trata, sim, de decisão interlocutória, devendo, inclusive, atribuir o efeito ativo e conceder a liminar antecipatória pretendida, caso dê provimento ao recurso. O que vem caracterizando ofensa ao contraditório não é nem de longe a permissão de decidir de

26 Ibidem. Página 60.

27 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo Civil Ambiental**. São Paulo: RT, 2008. Página 102.

28 Ibidem. Página 106.

forma liminar sem ouvida da parte contrária; é, sim, o fato de diversas posições jurisprudenciais negarem o cabimento do agravo de instrumento, desconsiderando o despacho como real decisão. Isto foge dos princípios informativos do processo coletivo, em especial os do direito processual ambiental que defende a adoção de técnicas processuais mais adequadas possíveis aos interesses em jogo, mesmo que isto represente uma reformulação de crenças processuais.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Pelo visto, tanto uma medida cautelar quanto uma decisão antecipatória de direito material podem ser objeto de decisão liminar, pois esta significa uma decisão ao início do processo, independente do conteúdo dela. Dentre as possibilidades de decidir ao início do processo, há aquela na qual a decisão é proferida sem a ouvida da parte contrária, quando a situação requer uma providência tão urgente que o lapso temporal necessário para citar a parte e aguardar sua manifestação pode acarretar em ineficácia da prestação jurisdicional.

Esta prática, em hipótese alguma, representa desrespeito aos padrões do contraditório no processo, uma vez que tal exigência é satisfeita pela informação adequada dos atos processuais às partes litigantes e pela oportunidade de reação que ambas recebem. Sendo assim, uma decisão liminar não impede o contraditório, apenas o adia para após a realização da medida., sendo dada oportunidade para a parte contrária tanto apresentar sua contestação e, assim, impugnar a decisão ainda em primeiro grau, quanto para levar a discussão para o tribunal por via do agravo de instrumento, concretizando, assim, o contraditório.

Agravo este que por sua vez pode, também, ser utilizado pela parte autora caso seu pedido liminar seja negado, incluindo, nesta oportunidade, a denegação de liminar sem ouvida da parte contrária, já que esta representa legítima decisão interlocutória negada pelo órgão judicial. O agravo de instrumento torna-se a via recursal apropriada, pois esta modalidade de recurso leva diretamente ao tribunal a discussão sobre a tutela de urgência requerida, inclusive dando possibilidade do segundo grau conceder aquilo que fora negado pelo primeiro grau, mesmo sendo uma decisão liminar *inaudita altera pars*.

Técnica esta do agravo de instrumento que, juntamente com a própria possibilidade de decisões liminares, satisfazem as necessidades do processo ambiental, pois, devido à natureza do direito material envolvido neste, não há cabimento para se prender a dogmas processuais da tutela de interesses individuais, exigindo-se ao máximo uma atuação jurisdicional prospectiva e adequada às exigências do direito ambiental e do ambientalismo em geral. Boas técnicas procedimentais e uma série de permissões do sistema processual podem tornar adequada a tutela jurisdicional dos interesses ambientais, no entanto, o mais necessário é haver uma conscientização não somente dos órgãos jurisdicionais como também de todos os chamados “operadores do direito”, com o fim de atualizarem sua praxe, pelo menos no que diz respeito a esta fase de exigências ambientais críticas e desenvolvimento sustentável.

## 7. REFERÊNCIAS:

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. 5.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil, Vol. 2.** Salvador: Editora Jus Podium, 2008.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil, Vol. 4.** Salvador: Editora Jus Podium, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno, Vol. I.** São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Princípios do Direito Processual Ambiental.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

ORIONE NETO. Luiz. **Processo Cautelar.** São Paulo: Saraiva, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Cautelar.** São Paulo: Editora RT, 2008.

\_\_\_\_\_. **Manual do Processo do Conhecimento.** São Paulo: Ed. RT, 2006.

ORIONE NETO. Luiz. **Processo Cautelar.** São Paulo: Saraiva, 2004.

ROCHA, José de Moura. **Estudos sobre processo civil, Vol. III.** Recife: Editora da UFPE, 1995.

\_\_\_\_\_ **Estudos sobre processo civil, Vol. II.** Recife:  
Editora da UFPE, 1982.  
RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo Civil Ambiental.** São Paulo: RT,  
2008.  
SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar  
(tutela de urgência), Vol. 3.** São Paulo: Editora RT, 2000.

# A EVOLUÇÃO DO DIREITO E A TUTELA DE URGÊNCIA<sup>1</sup>

*Arruda Alvim*

Professor Titular da PUC/SP  
Desembargador aposentado do TJSP  
Advogado

**RESUMO:** Este artigo aborda a evolução da tutela de urgência a partir de uma análise panorâmica da evolução social e política ocorrida na passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Nesse contexto, examinam-se os valores predominantes em cada período para se verificar a modificação axiológica que influenciou a passagem do modelo liberal para o modelo social. Paralelamente, são abordados os influxos dessa modificação sobre o Direito, do ponto de vista da hermenêutica e do surgimento dos direitos sociais. Nesse panorama, analisa-se a evolução do direito processual, com foco nas modalidades de tutela existentes e no aprimoramento das tutelas de urgência até os dias atuais.

**SUMÁRIO:** 1. O Estado Liberal e sua conformação. A visão da Lei e do Direito – sua projeção no direito privado e no direito processual. 2. O direito processual civil no século XIX e as medidas cautelares. 3. O Estado Liberal e o Estado Social de Direito. 4. Diferenças entre os dois modelos de Estado e sua projeção nos fins colimados pelo direito privado e pelo processo civil brasileiros. 5. A evolução das tutelas de urgência no direito processual civil brasileiro e o contexto da transição dos modelos estatais.

## 1. O ESTADO LIBERAL E SUA CONFORMAÇÃO - A VISÃO DA LEI E DO DIREITO – SUA PROJEÇÃO NO DIREITO PRIVADO E NO DIREITO PROCESSUAL

O Estado Liberal nasceu de poderoso movimento social, marcado pela universalização de sua mensagem e estribado em três emblemas:

---

<sup>1</sup> Estudo originariamente escrito em homenagem ao saudoso Prof. Ovídio Baptista da Silva, com alguns ajustes realizados pelo autor para publicação na Revista da Seção Judiciária Federal de Pernambuco.

Liberdade, Igualdade e Fraternidade. A liberdade foi entendida como liberdade do indivíduo contra o Estado, para conter o Estado e proteger a esfera individual de cada um contra o poder estatal. Não foi considerado que a liberdade existe também no relacionamento entre os homens. A igualdade pregada e realizada foi a chamada igualdade formal, em que eram inteiramente desconsideradas as situações sociais de desigualdade. E a fraternidade, em rigor, não foi realizada.

Porque destinadas à consecução da liberdade individual, as Constituições preocupavam-se em proteger o indivíduo contra o Estado; daí o nome de Estado Polícia (État Gendarme). A burguesia, enquanto classe revolucionária idealizadora desse modelo de Estado e de sua filosofia, ligada aos filósofos e juristas desse tempo (século XVIII), carecia de segurança jurídica para consolidar os desígnios liberais trazidos pela revolução.

E, para atingir tal propósito, o referencial passou ser a lei que, em fins do século XVIII e início do XIX, era **insuscetível** de qualquer interpretação, ainda que literal --- a qual veio a ser admitida aproximadamente na altura da terceira década do século XIX.

Nos pontos centrais do tecido legislativo, preponderavam textos normativos minuciosos, com mais elementos definitórios das situações/conduitas em que deveriam incidir, de tal sorte que essa técnica legislativa estabelecia condições de previsibilidade para o maior controle sobre os juízes, *i. e.*, preponderância radical da *mens legislatoris*. Ainda que fossem utilizados conceitos vagos, estes não se alojavam em pontos capitais do sistema jurídico, diferentemente do que atualmente ocorre. Some-se, ainda, a alta significação dos *princípios*<sup>2</sup> na atualidade, em contraposição à desconfiança compreensível dos legisladores franceses em relação aos juízes, porque eram oriundos da antiga nobreza. Em decorrência, acabou-se restringindo a atividade jurisdicional --- especialmente no que diz respeito à interpretação --- a um âmbito estrito, pois que o juiz era tido como um ser inanimado e não deveria ser senão a boca da lei. A Corte de Cassação francesa nasceu como órgão auxiliar ao *Corps Legislatif*.

Foram essas condições que, basicamente, marcaram a contextura do Estado Liberal: a preocupação premente com a liberdade individual e o

---

<sup>2</sup> Estas alterações vieram a alterar profundamente os valores da *segurança*, *previsibilidade* (*do que virá a ser decidido*), pois nosso tempo assumiu valores em parte expressiva diferentes daqueles que presidiram o individualismo e o liberalismo.

correlato apequenamento do Estado, que apenas intervinha para garantir a liberdade individual (Estado de Polícia, *absenteísta*).

Acrescente-se o objetivo de consolidar as instituições, de forma a garantir a *segurança jurídica* da classe emergente mediante o primado da lei e da previsibilidade pormenorizada das consequências jurídicas para cada ato praticado, o que dependia do alto grau de minúcia e vinculação dos textos normativos, altamente restritivos à atividade jurisdicional, tal como esta veio, crescente e ulteriormente a ser entendida. A ideia de segurança espriava, então, todos os domínios do direito.

No direito privado, essa ideia se fez presente: na natureza absoluta e individualista do direito de propriedade, inviolável em todos os sentidos; na estrutura e na invulnerabilidade de contrato, regido pela supremacia estrita da vontade (*pacta sunt servanda*) e pela intervenção estatal mínima; no dogma da intangibilidade da vontade humana, que determinava a solução das obrigações em perdas e danos<sup>3</sup>; nas bases do regime jurídico familiar, menos preocupado com a convivência harmônica e igualitária no núcleo familiar do que com a regulamentação dos direitos patrimoniais dos indivíduos que o compunham; na concepção igualmente individual de responsabilização civil, fundada, via de regra, em critérios estritamente subjetivos, dissociados da visão social posteriormente inculcada nas teorias do risco da atividade.

A era da codificação, impulsionada pelo êxtase do Código Napoleônico, refletiu a mentalidade burguesa em todos os sentidos: a consolidação do direito em códigos exprimia os ideais de segurança proporcionados pela regulamentação exaustiva e organizada dos direitos; já o conteúdo dessa regulamentação traduzia os ideais de liberdade individual preconizados pela revolução.

São significativas desse panorama as observações de Paulo Luiz Neto Lobo, para quem “Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Neste sentido, é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A

---

<sup>3</sup> Registre-se porém, o surgimento e a idealização das *astreintes* pela jurisprudência francesa, fato que envolve certo paradoxo, já que a natureza ressarcitória da solução das obrigações vinha inscrita no Código Civil francês (art. 1.142), o que, a princípio, obstaria os meios coercitivos --- ainda que indiretamente --- para a tutela específica.

liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado.”<sup>4</sup>

Paralelamente, foram desenvolvidas normas processuais correspondentes aos paradigmas daquele momento histórico. Amparado na premissa de que as soluções jurisdicionais deveriam declarar o direito com o mais elevado grau de certeza possível, o processo tornou-se alvo de um cientificismo conceitual extremo, e o procedimento foi subdividido em diversas fases e exaustivamente regulamentado.

A estrutura rígida e o caráter moroso do processo de conhecimento herdado desse período é ainda perceptível em nossos códigos --- abstraídos, naturalmente, os mecanismos posteriormente implementados, tendentes à abreviação do procedimento. A premente necessidade de uma resolução *mais segura do que célere* das situações litigiosas constitui, certamente, a razão do preciosismo científico e do alto grau de regulamentação do processo de conhecimento, assim como também foi a causa da sobrelevação da coisa julgada à realização prática do direito material e à consecução de uma decisão justa<sup>5</sup>.

As questões dirimidas no Judiciário eram de índole eminentemente patrimonial e, à luz dos princípios liberais, não poderiam ser solucionadas senão mediante ampla observância dos direitos e liberdades individuais (garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo, considerados sob a perspectiva da igualdade **formal**).<sup>6</sup>

<sup>4</sup> **Constitucionalização do Direito Civil.** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>.

<sup>5</sup> A afirmação de que a segurança jurídica se sobreponha à realização prática do direito se explica pelo fato de que a execução propriamente dita praticamente só podia se operar após o trânsito em julgado da sentença condenatória. No que diz respeito à sobrelevação da coisa julgada à solução justa do conflito, não há que se compreender tal afirmação como uma crítica ao instituto da coisa julgada ou uma defesa da sua “relativização”; cuida-se, tão somente, da constatação de que as teorias da relativização ou desconsideração da coisa julgada somente vieram a ser amplamente difundidas a partir do final do século XX, entre nós, diante da perspectiva principiológica da interpretação e aplicação do direito constitucional, ‘implodindo’ uma decisão já revestida pela coisa julgada. Isso se explica pelo fato de que os fatores políticos e sociais que antes apontavam para a necessidade extrema de segurança jurídica transformaram-se de modo a justificar a busca de outros valores, que passam a ser considerados mais importantes para a sociedade ou para uma classe dominante.

<sup>6</sup> Naturalmente que essas garantias eram providas de acordo com a lei, sem levar em conta eventuais diferenças técnicas ou sociais entre os litigantes, por ser esta a ideologia da época --- nesse contexto, não se cogitava de normas que estabelecessem a igualdade substancial, como, v.g., se dá

Solucionada, de forma irrecorrível, a questão levada ao Poder Judiciário, só então poderia a sentença ser efetivada, e convinha à segurança das instituições (sobretudo da burguesia dominante) que a solução ali contida não mais viesse a ser modificada.

A efetivação dos direitos reconhecidos no processo de conhecimento, quando se tratasse de sentença condenatória, operava-se necessariamente mediante excussão patrimonial (solução em perdas e danos), já que a intangibilidade da vontade humana obstava à realização específica das obrigações de fazer e não fazer, ainda que se reconhecesse um ilícito, ou seja, o seu inadimplemento.

Cuidava-se, em suma, de um sistema processual voltado à consecução das garantias individuais burguesas e à declaração dos direitos com maior certeza e segurança possíveis.

## 2. O DIREITO PROCESSUAL CIVIL NO SÉCULO XIX E AS MEDIDAS CAUTELARES

Como já foi sinalizado, na estrutura do que designamos como processo clássico, as funções desempenhadas pelo juiz eram rigidamente delineadas; daí provém a inspiração para o vigente Código de Processo Civil. Filiado ao modelo continental europeu, o sistema brasileiro modelou o processo em três segmentos estanques, cada um deles com funções próprias e sem que houvesse a possibilidade de que uma função fosse realizada fora do segmento a ela destinado: conhecimento, execução e cautelar.

A função da cognição tinha por fim a declaração de direito (*lato sensu*). A cautelar visava, única e exclusivamente, produzir efeito assecuratório da eficácia *possivelmente* emergente da sentença do processo principal, quando da procedência da ação, o que excluía que se pudesse, cautelarmente, produzir efeito idêntico àquele suscetível de ser produzido pela procedência da ação. Não havia a possibilidade de execução ou realização do direito simultaneamente à fase de conhecimento.<sup>7</sup> A realização prática do direito ou a execução propriamente dita eram necessariamente posteriores ao término da cognição e, em regra, dependiam da ocorrência de coisa julgada.

Na linha do que se esclareceu sobre a proeminência do valor *segurança*

---

com a inversão do onus da prova em favor do consumidor (art. 6º, VIII, do CDC)

<sup>7</sup> Essa impossibilidade marcou as cautelares atípicas ou satisfativas quase que como uma anomalia, pois nessas isso acabava ocorrendo

*jurídica* no âmbito do Estado Liberal, a coisa julgada representava manifestação profunda deste valor no campo do processo. Desse modo, era praticamente inconcebível a produção de efeitos jurídicos satisfativos, *i.e.*, o ingresso no patrimônio do demandado, no âmbito do processo de execução, antes do trânsito em julgado, porque, só a partir da coisa julgada, havia certeza do direito. A execução provisória de então possuía alcance limitado, pois não se podia chegar às últimas consequências --- a prática de atos estritamente expropriatórios era vedada, nesta sede, pela redação original do art. 588

Por outro turno, e também de acordo com o ideal de segurança, a sentença proferida no processo de conhecimento era lastreada em cognição plena do material probatório, o que somente se afastou com a criação do julgamento antecipado da lide, sem dano, todavia, à cognição e à instrução, geralmente documental.<sup>8</sup> Por isso mesmo, era inconcebível que, em nome apenas da *verossimilhança* se pudessem produzir efeitos apreciáveis, como veio a ocorrer com a vasta gama de provimentos cautelares fundados no poder geral de cautela, que resultou hipertrofiada com as cautelares *satisfativas* ou *atípicas*, e, atualmente, com a tutela antecipada e as outras hipóteses dos arts. 461 e 461-A do CPC, todos suscetíveis de efetivação prática, como hoje consta do sistema do Código de Processo Civil.

Especificamente quanto à tutela cautelar, sua necessidade tornou-se frequente na atividade jurisdicional a partir século XX, sempre crescentemente; em outros tempos, essa modalidade de tutela passava quase que despercebida, pela diminuta necessidade de utilização, em face de uma estrutura e dinâmica sociais que podiam, em escala apreciável, prescindir do uso mais intenso desses instrumentos.

Roger Perrot observa que as demandas do século anterior, tais como

---

<sup>8</sup> A evolução que pôde ser percebida no direito luso e no brasileiro foi, tão somente, a da compactação do procedimento, com vistas a chegar-se mais rapidamente à sentença no processo de conhecimento. Assim, no despacho saneador do CPC de Portugal, de 1939 (art. 514), de onde resultava até a possibilidade de decisão da lide, congruentemente com essa tendência, no CPC de 1939 (art. 294), tivemos a origem do nosso despacho saneador, que evoluiu, depois para o julgamento antecipado. Se a sentença de mérito podia ser proferida com maior rapidez, sem lesão ao princípio do contraditório, o recurso que cabia tinha sempre o efeito suspensivo, o que afastava a possibilidade de produção de efeitos. O predomínio da execução privada, incidente sobre a pessoa do devedor, podia ser descrito como uma forma, coativa, de execução antecipada, sem controle do juiz. Só a partir do quarto século, a execução privada, incidente sobre a pessoa do devedor, veio a ser, sucessivamente, objeto de controle pelo Estado (Cf. GIOVANNI ARIETTA, *op. ult. cit.*, p. 4-6 e, especialmente nota, onde refere trecho de Cassandro: **La tutela dei diritti nell'alto medioevo**, in **Annali della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari**, Nuova serie vol. X, p. 191).

questões referentes ao direito de propriedade, sucessão ou atinentes aos regimes matrimoniais, não exigiam um processo cautelar expedito e permitiam que se esperasse uma solução final, até por tempo dilatado.<sup>9</sup> A nova ordem jurídica fora instituída com os olhos voltados para a burguesia emergente que, naturalmente, possuía recursos bastantes para suportar a espera da sentença e da coisa julgada. Para a classe social dominante, fazia-se preferível aguardar desfecho *seguro* do processo do que obter, com celeridade, *soluções provisórias* --- e meramente assecuratórias --- passíveis de revogação posterior.

Em autores franceses clássicos, acentua-se que “l'on ne trouve aucun développement particulier sur la mesure provisoire en général”.<sup>10</sup> Diz-se, mais, que somente com a alteração do tipo de civilização e, principalmente, com a passagem de uma sociedade predominantemente agrária para uma sociedade industrial, veio a alterar-se “la philosophie même de la mesure provisoire”.

Em poucas palavras, o burguês modelou o sistema jurídico em prol de sua atuação e dos seus interesses que, somente com a evolução **gradativa** das relações econômicas e sociais, passou a demandar tutelas de urgência.

E, se a evolução das relações econômicas e sociais demandou certo período de tempo, a absorção dos novos valores no âmbito do direito processual --- e a decorrente expansão das medidas de urgência --- demandou um processo de conscientização igualmente gradual.

A evolução das tutelas de urgência envolve, além da alteração de valores do âmbito do processo --- tais como a noção de tutela preventiva do dano, em lugar da tutela meramente ressarcitória e a sobrelevação da **efetivação imediata do direito** em detrimento do valor **segurança**, que em determinadas situações se revela inútil ou insuficiente à consecução de uma solução justa --- , **uma alteração no próprio modo de encarar a lei e o direito**. A necessidade dessa evolução é também percebida no direito processual civil italiano, em que evoluiu a interpretação em torno do art. 700, do CPC italiano, originariamente confinando à cautelaridade (estrita cautelaridade), para vir a abarcar também a antecipação de tutela

<sup>9</sup> Cf. Roger Perrot, *Les Mesures Provisoires en Droit Français*, pp. 152/153, in *Les Mesures Provisoires en Procédure Civile [Atti del Colloquio Internazionale, Milão, 12/13 outubro 1.984]*, Milão, 1.985, Giuffrè, aos cuidados de Giuseppe Tarzia.

<sup>10</sup> Cf. Roger Perrot, *Les Mesures Provisoires en Droit Français*, cit., n° 1, p. 151.

ou de direitos.<sup>11</sup> A *maior* difusão desse tipo de tutela partiu **de soluções jurisprudenciais** que conferiram interpretação **inovadora** às normas do Código. Vislumbra-se, assim, uma estreita relação entre a evolução das medidas cautelares e a mudança do eixo paradigmático na aplicação do direito. A necessidade de observância estrita aos textos legais que minuciosamente definiam as hipóteses de aplicação foi substituída pela **interpretação sistemático-teleológica** de textos normativos mais amplos, em que em escala apreciável prevêem princípios ou regras gerais.

Daí que, na segunda metade do século XIX, entreviu-se, na Itália, um poder geral da cautela, que poderia ser exercido mediante a observância dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a serem aferidos concretamente pelo juiz quando não houvesse previsão de processo cautelar típico para a hipótese.<sup>12</sup>

Com Código de Processo Civil italiano de 1865, escasso na disciplina das medidas cautelares, atrofiou-se o quadro precedente, chegando-se a discutir-se se as inibitórias subsistiriam, ou não. Parte dos autores negava, mas um deles ----- Averara (em obra sobre o Sequestro) ----- observa que, na ordem prática, poderiam ocorrer hipóteses, ou casos excepcionais, *não previstos na lei*, e, para os quais as normas referentes a sequestros, ações possessórias e de nunciação de obra podiam não ter aplicação, e, daí não se poderia entender que as *inibições* teriam de ser havidas como desaparecidas “non potendosi immaginare che il legislatore avesse voluto lasciare indifesi ed in balia dall’arbitrio altrui i diritti dei cittadini”.<sup>13</sup> Possivelmente as opiniões que propendiam pela não extensão ou aplicação analógica, *mutatis mutandis*, de outros procedimentos típicos de que a lei

<sup>11</sup> Pode-se dizer que as medidas do sequestro conservativo e judiciário, a nunciação de obra nova e algumas inibitórias, no direito italiano, foram as primeiras medidas de que se pode dizer terem sido, propriamente, cautelares. Isso porque a *cautelaridade* no direito romano clássico e em parte apreciável do direito medieval não foi realizada através do *processo*, senão que por garantias convencionais, decorrentes da cautela e da segurança imprimida nos negócios (GIOVANNI ARIETA, **I Provvedimenti d’Urgenza - ex art. 700 C. P.C.**, cap. 1, I, 1). Há autores que observam tratar-se de uma verdadeira *auto-tutela assicuradora* da atividade negocial. (Cf. BETTI, **Diritto Processuale Civile Italiano**, Roma, 1936, 2ª ed., p. 52). Objetivavam, imediatamente que, com a necessidade de intervenção jurisdicional, ficasse essa facilitada, ou que as garantias reais representassem uma segurança do credor (Carnelutti, *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1930, II, **Intorno al sequestro convenzionale**, p. 109 e seguintes). Daí poder-se falar em tutela cautelar convencional. Na alta Idade Média, inclusive, verificou-se declínio da autoridade, inclusive havendo tolerância popular em relação ao ‘fazer justiça com as próprias mãos’. (GIOVANNI ARIETA, **op. ult. cit.**, p. 4).

<sup>12</sup> Cf. GIOVANNI ARIETA, *op. cit.*, I, 3, p. 8.

<sup>13</sup> Cf. GIOVANNI ARIETA, *op. cit.*, I, 3, p. 9.

tratava, para abranger hipóteses não previstas, tinham como raiz evitar que através de normas vagas de conteúdo, o juiz tivesse maiores poderes, como os que tem hoje.

A negação de tais tarefas ao juiz assentava-se na concepção de legalidade, nos quadros do liberalismo e no temor de uma maior adjudicação de poderes ao juiz.<sup>14</sup>

A jurisprudência, todavia, inclinou-se, por fim, pela possibilidade de concessão de *algumas medidas*, em nome e por causa da boa administração da justiça, fundamentalmente, através de uma *interpretação extensiva* das regras referentes ao sequestro.<sup>15</sup>

Como conclusão expressiva desse período, pode-se dizer que os tribunais sentiam que **o sistema positivo era insuficiente**, na medida que somente se disciplinavam as medidas cautelares típicas e, por isso mesmo, havia exigência de “creare un terreno cautelare più ampio nel quale il giudice potesse muoversi a suo bell’agio, evitando gli sconfinamenti e le improprietà”.<sup>16</sup> Esse sentimento de insuficiência do sistema positivo revelava-se como que um prenúncio da nova mentalidade que estava por emergir, o que nos permite afirmar que a necessidade de ampliação das tutelas de urgência foi um sintoma significativo da necessidade de modificação dos parâmetros legalistas que vigiam no Estado Liberal.

Na doutrina italiana, a antevisão de um poder geral de cautela, dissociado da estrita tipicidade das cautelares, bem demonstra essa circunstância. CHIOVENDA afirmou, independentemente do acerto de sua opinião em relação ao regime jurídico que lhe servia de base de raciocínio (Código de Processo Civil italiano, de 1865), que: “esiste dunque anche nella nostra legge la figura generale del provvedimento provvisorio cautelare; è rimesso completamente al giudice di stabilirne l’opportunità e la natura”.<sup>17</sup> Do

<sup>14</sup> Dizia-se que a submissão da cautelaridade exclusivamente a figuras típicas respondia: “probabilmente l’esigenza di eliminare ogni possibile arbitrio del giudice nell’emettere provvedimenti cautelari atipici ed innominati e, conseguentemente, l’espressa adesione ad un sistema rigido di misure cautelari tipiche”. (Cf. GIOVANNI ARIETA, op. cit., I, 3, p. 10, referindo-se às opiniões de GIANZANA --- **Il Sequestro**, pp. 115-116 --- e PISANELLI --- **Commento del codice di procedura civile**, Napoli, 1879, p. 969 ---, dizendo este último que, conquanto pudesse ser útil o poder dos magistrados concederem inibições, ponderava que disso poderia haver facilmente abuso.

<sup>15</sup> Cf. GIOVANNI ARIETA, op. cit., I, 3, p. 10, esp. p. 11.

<sup>16</sup> Cf. GIOVANNI ARIETA, op. cit., I, 3, p. 12; o trecho ao final transcrito é de ANTONINO CONIGLIO, **Il Sequestro Giudiziario e Conservativo**, Milão, 1949, 3ª ed., Giuffrè, nº 22, p. 33.

<sup>17</sup> GIUSEPPE CHIOVENDA, **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**, vol. I, p. 242.

conjunto de disposições então vigentes ----- continuava CHIOVENDA -----haver-se-ia de extrair a existência de um poder cautelar geral “che consentiva al giudice di stabilire, secondo le circostanze, il modo migliore per la conservazione dello statu quo, tenendo conto, da um lato, dei danni temuti per il diritto oggetto di cautela e, dall’altro, dei danni eventuali provocati dalla stessa misura assicurativa”. Tratou-se de uma construção, sobre o sistema existente, consistente como que num ‘fecho de abóboda’ construção esta que, a partir das tendências crescentemente dominantes da jurisprudência,<sup>18</sup> acabou por levar à conclusão sobre a existência de um tal poder cautelar geral.

Essa posição, desde logo, todavia, não predominou.

De todo modo, as manifestações de CHIOVENDA e a propensão jurisprudencial à concessão de cautelares atípicas --- ainda que de maneira excepcional, podem ser consideradas um prognóstico do que sucederia na virada do Estado Liberal para o Estado Social, quando o poder geral de cautela veio a tornar-se imprescindível. De algumas décadas até os nossos dias, remarca-se o aumento da cautelaridade, de que, uma das variáveis é a necessidade da “*“effettività” della tutela giurisdizionale*”.<sup>19</sup>

### 3. O ESTADO LIBERAL E O ESTADO SOCIAL DE DIREITO

A transição de mentalidade que contextualizou o surgimento dos direitos sociais é bem sintetizada por CANOTILHO ao enunciar que o paradigma sob o qual emergiram os direitos fundamentais inerentes ao Estado Liberal-Burguês, fundado na igualdade formal e nas liberdades negativas, deu lugar, gradativamente, à concepção “republicana” dos direitos fundamentais que, embora também voltada para o homem enquanto indivíduo, deixa de concebê-lo isoladamente para inseri-lo no ambiente social.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Cf. Giovanni Arieta, *I Provvedimenti d’Urgenza - ex art. 700 C. P.C.*, 2ª cit., I, 4, p. 13.

<sup>19</sup> Cf. Giuseppe Tarzia, *Il Nuovo Processo Cautelare*, Padova, 1993, Cedam, *La Tutela Cautelare*, p. XXII.

<sup>20</sup> Sinaliza o autor que: “Ao lado desta concepção individualista dos direitos naturais [i.e., da concepção que deu origem aos direitos fundamentais de cunho liberal-burguês], cedo se divisou outra linha – na senda dos ideólogos e dos «cientistas», de Volney, Destutt de Tracy e sobretudo Condorcet – acentuadora da natureza de «troca» dos direitos no âmbito da sociedade. Os direitos naturais continuam a ser considerados como direitos individuais, pois, ao jeito do jusnaturalismo racionalista, o indivíduo pensante e actuante constitui o eixo nuclear do sistema social. Todavia, os direitos do homem são direitos do homem na sociedade, porque a sociedade é o estado normal

Na sequência desta mudança paradigmática, pronuncia-se o surgimento de uma mentalidade que, sem desprezar os ideários burgueses de liberdade, volta-se à construção de novos direitos, desenvolvidos sob uma concepção “republicana e positivista”<sup>21</sup> dos direitos humanos. Tais direitos são denominados ‘sociais’ em vista do momento político --- coincidência do Estado Social --- e, por conseguinte, da perspectiva filosófica (indivíduo visto sob a óptica socializante) --- em que se situa seu surgimento.

O Estado Social, produto do falecimento do liberalismo e do insucesso do socialismo como forma de organização político-estatal, tem como principais fundamentos o regime democrático, a soberania popular e a **justiça distributiva**. Foi inaugurado pela Constituição de Weimar (1919), cujo conteúdo foi amplamente difundido na Europa, e, em certa medida, pela anterior Constituição Mexicana de 1917. Estes textos constitucionais erigiram à categoria de direitos fundamentais exigências radicadas, no fundo, na **dignidade da pessoa humana** e, por que não dizer, na solidariedade social, como expõe Canotilho,<sup>22 - 23</sup> sobre o que mais claramente veio a constar da Constituição alemã (Lei Fundamental de Bonn). Nessa direção, quando se associa a dignidade da pessoa humana à consecução da igualdade na diversidade (igualdade substancial), é possível falar em **dignidade social**, eis que “não se refere ao indivíduo já desenraizado da abstração contratualista setecentista (‘teorias do contrato social’), mas ao *ser*, na sua dupla acepção de

---

e material do homem. Estamos a um passo da viragem «positivista»: os direitos naturais são uma constructa social e não um dado; a segurança, a liberdade e a propriedade, embora de natureza irrenunciavelmente individual, emergem de convenções ou trocas sociais. A dimensão historicista espreita também já nessa perspectiva: os direitos naturais realizam-se historicamente através de convenções ou trocas sociais.” (O círculo e a linha: da «liberdade dos antigos» à «liberdade dos modernos» na Teoria Republicana dos Direitos Fundamentais. In: **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 18 (é nossa a anotação em destaque, entre colchetes).

<sup>21</sup> *Idem ibidem*.

<sup>22</sup> CANOTILHO, O círculo e a linha ..., **op. cit.**, p. 19-24, onde se conclui que: “No fundo, a tensão dos direitos naturais/teoria republicana dos direitos fundamentais residia aqui: o homem era o fundamento dos direitos naturais (e nisso estavam de acordo o republicanismo e o liberalismo) , mas o homem de uns é o homem isolado e independente (perspectiva liberal) e para outros é o homem social, fraternal e solidariamente vinculado (perspectiva republicana)” (**op. cit.**, p. 24).

<sup>23</sup> Também Ferreira Filho admite serem direitos oriundos da **solidariedade**, embora sob a ressalva de que a utilização desta expressão deve ser reservada aos direitos difusos, denominados de terceira geração: “esse fundamento [dos direitos sociais] é, numa palavra, a solidariedade entre os homens se isso não trouxesse confusão com os direitos de terceira geração, chamados direitos de solidariedade (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 51).

‘cidadão’ e ‘pessoa’, inserido numa determinada comunidade, na sua relação vertical com o Estado e outros entes públicos, e ‘horizontal’ com os outros cidadãos”<sup>24</sup>.

Cuidam-se de direitos que, na visão de Bobbio, emergem de um núcleo genérico “que se desdobra em especificações”<sup>25</sup>, e que têm sido consagrados por enunciados que *particularizam hipóteses*, de que antes não havia consciência e em relação a situações que não provocavam reclamos sociais. Em nossos dias, fala-se em ***direitos da mulher, da criança, do idoso, dos deficientes***, que são particularizações. Destinam-se a atender a ***necessidades especiais***. Em relação a esses, afirma a nossa Constituição que ‘são direitos de todos e dever do Estado’. No plano internacional, podem-se citar diversos tratados e convenções que consagram direitos humanos específicos, como a Convenção de Genebra sobre a Escravatura (1926), a Convenção Relativa aos Prisioneiros de Guerra (1929), as Convenções de Genebra de 1949, sobre a proteção de vítimas de conflitos bélicos, a Declaração dos Direitos da Criança (1959), a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação da Mulher (1959), a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971).

Os direitos sociais cuidam, predominantemente, dos direitos daqueles que se encontrem em situações diferenciadas e que, por isso, necessitam de tutela especial do Estado (prestações ***positivas do Estado***). Tais direitos marcaram uma mudança de enfoque acerca do princípio da isonomia, o qual, até então, era visto pela perspectiva meramente formal --- o que, afinal, era conveniente à classe burguesa ---, e passou a ser encarado sob a óptica substancial, no sentido de se compensarem as diferenças existentes no plano fático (social, econômico, etc.) mediante tratamento diferenciado

<sup>24</sup> QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais: Questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros: 2005, p. 172.

<sup>25</sup> Anota autor que esta especificação “consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos. (...) Essa especificação ocorreu seja com relação ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais de existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre mulher e homem. Com relação às várias fases da vida, foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto, por outro. Com relação aos estados normais e excepcionais, fez-se valer a exigência de se reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais etc.” (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução por Carlos Nélson Coutinho. 5ª reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 88).

da lei.

Aspecto distintivo dos direitos sociais, comparativamente às liberdades do Estado Liberal-Burguês, reside na sua índole ***predominantemente prestacional***. Enquanto as liberdades de primeira dimensão demandam do Estado uma abstenção, de modo a delinear a intervenção estatal mínima sobre a esfera jurídica do indivíduo, as liberdades de segunda dimensão exigem uma postura ativa do Estado, no sentido de assegurar tratamento jurídico diferenciado àqueles que se encontrem em situação de inferioridade social, econômica ou cultural. O Estado obriga-se a prestações sociais que propiciem a correta distribuição dos direitos individuais.

Em síntese, podem os direitos sociais ser definidos como direitos subjetivos de natureza predominantemente individual, voltados à concretização da dignidade humana em termos substancialmente isonômicos, cuja concretização depende, no mais das vezes, da postura ativa do Estado no sentido de assegurar tratamento especial aos indivíduos que se insiram em grupos particulares.

Pode-se dizer que esses direitos provieram dos males de que padeceram diversos segmentos no seio das sociedades, principalmente a partir da segunda metade do século XIX, em decorrência do liberalismo. O término da Grande Guerra ----- que muitos simbolicamente identificam como o *fim do século XIX* ----- acabou por ser o momento em que se constatou a queda do Estado Liberal e a assunção do modelo do Estado Social, de que é o exemplo marcante o da Constituição de Weimar.

No Brasil, inaugurou-se esta previsão de direitos sociais, ao lado dos individuais, com a Constituição de 1934, ao influxo do modelo inaugurado pela precitada Constituição de Weimar, seguida pelas Cartas que lhes sucederam de 1946, 1967, EC 1/69, 1988. A Constituição de 1988 é rica na previsão destes direitos e a legislação ordinária aponta para a defesa crescente da minorias.

Em sede doutrinária, utiliza-se a classificação de José Afonso da Silva, amparada no direito positivo vigente: “a) *direitos sociais relativos ao trabalhador*; b) *direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social*; c) *direitos sociais relativos à educação e à cultura*; d) *direito social relativo à família, criança, adolescente*

e idoso; e) direitos sociais relativos ao meio ambiente.”<sup>26</sup>

Autores da mais alta respeitabilidade, como o Prof. Augusto Cançado Trindade,<sup>27</sup> insurgem-se contra classificações, porque prestariam um desserviço à causa dos direitos humanos. Serviriam as classificações a manipulações de governo, com vista a escamotear a efetividade dos direitos sociais. Essa crítica não é despida de razão, já que, de acordo com de Bobbio<sup>28</sup>, os direitos sociais não se exaurem em enumerações, pois se encontram ainda *em multiplicação*.

#### 4. DIFERENÇAS ENTRE OS DOIS MODELOS DE ESTADO E SUA PROJEÇÃO NOS FINS COLIMADOS PELO DIREITO PRIVADO E PELO PROCESSO CIVIL BRASILEIROS

Juntamente com os novos direitos que emergiram, denominados *direitos sociais*, e até para garanti-los na prática, o Estado Social trouxe à tona um novo modelo de atuação do poder estatal e, com ele, um novo modelo jurisdicional, se compararmos com o precedente modelo do liberalismo. A modificação da postura do Poder Judiciário e o surgimento de uma nova hermenêutica, influenciada pela **efetividade das normas constitucionais**, lançaram também nova luz aos institutos de direito privado.

Enquanto, no liberalismo, o *Estado (absenteísta)* não intervinha na vida social e esse modelo marcava a ‘vocaçãõ’ dos legisladores ordinários e dos órgãos jurisdicionais, o surgimento do Estado Social foi marcado pela presença da atuação estatal para garantir os novos direitos, cuja consecuçãõ nem sempre se amparava na dicçãõ literal dos textos normativos.

<sup>26</sup> TRINDADE, Augusto Cançado. Visão Integral dos Direitos Humanos. In: **Relatório Azul 97**, editado pela Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1997, p. 2.

<sup>27</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1988, p. 289. A classificação é adotada pelo Ministro Carlos Velloso em: Velloso, Carlos Mário. **Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil**. Disponível em: [http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/velloso\\_carlos\\_dos\\_direitos\\_sociais\\_na\\_cf.pdf](http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/velloso_carlos_dos_direitos_sociais_na_cf.pdf).

<sup>28</sup> De acordo com o autor: “Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens”. (**Op. Cit.**, p. 19).

Proximamente ao fim do século XIX, mercê dos trabalhos de Wach, Binding e Kohler, quase simultâneos (e, coincidentes nos seus propósitos), verificou-se a inviabilidade, porque não mais atendia aos anseios sociais dominantes, da limitação na hermenêutica vigorante no período liberal, passando-se, então, a cogitar de hermenêutica, gravitando, agora já não mais em torno da vontade do legislador, senão que procurando entender a vontade da lei, i.e., passou-se a admitir a interpretação teleológica.<sup>29</sup> Esta mutação no âmbito da hermenêutica acabou prevalecendo e esse entendimento, oriundo da Alemanha explicava-se, porque esta já sobrepujava a França em prestígio no campo do direito.

Refere-se CAPPELLETTI ao espectro limitado da interpretação no período liberal,<sup>30</sup> em contraposição ao alcance da hermenêutica nos períodos subsequentes, até nossos dias. Pode-se neste particular, atentos às origens do Tribunal de Cassação francês, decorrente da lei de 19.11.1790, dizer que o escopo da atividade jurisdicional (no dizer de P. Foriers) era o de assegurar-se “um controle da lei, do seu conteúdo, de sua observância (...) com o fito de salvaguardar a obra legislativa”<sup>31</sup>. Deve-se remarcar que o objetivo era o de preservar a lei, com o mesmo significado perdurável e preciso tal como no momento em que havia sido editada.

Disse RIPERT<sup>32</sup> que o reinado do direito começava com Código de Napoleão e aquele Código Civil foi havido, durante muito tempo, como intangível, dizendo um outro autor que nesse Código somente se poderia tocar “com a mão trêmula”. A idéia de segurança ligava-se em grande parte à de previsibilidade e muito mais à de manutenção do status quo.

O que parece ser legítimo dizer-se é que os *Códigos* “eram mais importantes” que as Constituições, no plano **prático**. Se as Constituições consagravam direitos, cujo perfil e qualidade evoluiu ao longo do tempo, na realidade, pode-se dizer que, no século XIX, a eficácia das normas constitucionais *restava represada ou podia ficar represada pelo legislador ordinário*, pois, se este não criasse condições para a eficácia daquelas, não

<sup>29</sup> V. sobre isto, LARENZ *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, 1997, ed. Fundação Calouste Gulbekian, 3ª ed. portuguesa, tradução da 6ª ed. alemã (1991), pp. 42-43.

<sup>30</sup> **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, pp. 40 e ss.

<sup>31</sup> PERELMAN, Chaïm. *Logica giuridica – Nuova retórica*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 75.

<sup>32</sup> *Le Déclin du Droit – Études sur la Legislation Contemporaine*, Paris, 1949, LGDJ, n° 2, p. 2 e ss.

passariam de *normas programáticas*. É manifesto o paradoxo, porque o legislador ordinário *limitaria o constituinte*.

O Estado Social, diversamente, marca o início da afirmação *prática* da supremacia constitucional sobre as demais normas jurídicas, sob diversas perspectivas<sup>33</sup>: a) da valorização da Constituição e criação de novos critérios e princípios hermenêuticos que propiciam formas de controle e efetivação das normas jurídicas à luz da Constituição; <sup>34</sup> b) da criação dos novos direitos, provenientes da interferência estatal em prol dos direitos sociais e, ao depois, dos direitos coletivos, seguida pela criação de novos instrumentos de tutela desses direitos coletivos ---- em que a cautelaridade e a antecipação de efeitos mostrou-se inerente ou essencial à respectiva proteção ---- e pelo reforço na aplicação dos instrumentos já existentes; e, por fim, c) da própria constitucionalização, no plano da realidade prática, dos direitos individuais já existentes, com o reforço dos instrumentos e princípios protetivos.

A estrutura do processo civil clássico reflete, entre nós, essa realidade. O novo modelo de Estado, refletido na Constituição de 1934, onde se previram expressamente os direitos sociais (Título IV do Capítulo II), consagrou, no âmbito do processo, a *prevenção do dano causado por ato de autoridade* mediante a impetração de mandado de segurança. <sup>35</sup> Foi

---

<sup>33</sup> A respeito da influência da efetividade das normas constitucionais e de sua superioridade – no plano prático – relativamente à legislação ordinária, v. o que escrevemos na obra coletiva **Constituição de 1988- O Brasil 20 anos depois**. Org. Bruno Dantas, Eliane Cruxên, Fernando Santos e Gustavo Ponce de Leon Lago. V. III, p. 388-483, em artigo intitulado “Processo e Constituição”, no qual aprofundamos as linhas gerais sintetizadas nesse parágrafo.

<sup>34</sup> Um exemplo que nos parece expressivo é o da modificação do entendimento da Corte de Cassação italiana em face da norma do art. 833, do Código Civil italiano (rigorosamente correspondente ao § 2º, do art. 1.228, do Código Civil brasileiro). De início, entendia-se que afetado um terceiro pelo exercício do direito de propriedade, o proprietário não poderia ser havido como tendo agido *emulativamente* (à luz do art. 833, do Coc. Civ. it.), se o seu agir tivesse para ele “qualquer utilidade”. Sucessivamente à promulgação da Constituição italiana, que consagrou no art. 42 o princípio da função social da propriedade, alterou-se o entendimento, de tal forma que haver-se-á de avaliar ---- à luz do princípio da proporcionalidade ---- o grau de utilização da conduta do proprietário em relação à extensão com que o terceiro é afetado. O texto constitucional influiu decisivamente na alteração do entendimento do direito privado (V. Salvatore Patti. **Codificazioni ed evoluzione del diritto privato**. 1ª ed., Roma-Bari, 1999, p. 19, na parte do trabalho de nº 7, “**Costituzione e “rilettura” del codice civile**” [*Codificações e evolução do direito privado, ..... Constituição e “releitura” do Código Civil*]).

<sup>35</sup> Dispunha a CF/34 no seu **Art. 113, 33**: “33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a

igualmente consagrada a ação popular, instrumento atribuído aos cidadãos para *evitar lesões* ao patrimônio público.<sup>36</sup>

Subsequentemente, a legislação ordinária regulamentadora desses instrumentos viria prever a possibilidade de concessão de liminar no mandado de segurança (art. 7º, II, da Lei n.º 1.533/1951<sup>37</sup>) e na ação popular (art. 5º, §4º, da Lei n.º 4.717/1965, com a redação atribuída pela Lei n.º 6.513/1977<sup>38</sup>). Tais previsões legais demonstram a evolução que teve lugar no direito processual, porque, ao lado dos procedimentos sumários ou diferenciados previstos nas Constituições --- que já denotavam a inadequação dos modelos insculpidos pelo processo tradicional ---, reconheceu-se a necessidade de se resguardar a eficácia do resultado do processo e, até mesmo, senão que predominantemente, o próprio direito material, mediante provimentos liminares.<sup>39</sup>

O engrandecimento da figura do juiz contribuiu para a abertura a uma maior proteção jurisdicional; punham-se à disposição do juiz cada vez mais instrumentos ajustados à realização do Direito, à restauração do ilícito que houvesse ocorrido e para evitar que o ilícito ocorresse ou se repetisse, e, quando verificado, fosse minimizado.

Nos quadrantes da evolução por que passou a relação entre o juiz e a lei, intensificou-se a utilização de conceitos vagos ou indeterminados, como já se aflorou, que, sabida, intencional e necessariamente, adjudicam maior poder ao juiz, justamente porque em tais normas há menos elementos definitórios da conduta. Sendo o conteúdo da norma mais vazio de elementos, correlatamente, o juiz acaba por ter de preencher espaços. É campo normativo fértil para uma interpretação teleológica.

---

peessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes’.

<sup>36</sup> Dispunha o art. 113, 38, da CF 1934: “38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

<sup>37</sup> “Art. 7º - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:  
(...)

**II - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”.** (grifo aditado)

<sup>38</sup> “ 4º Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado.”

<sup>39</sup> Sem embargo da discussão doutrinária encetada acerca da natureza das liminares proferidas em mandado de segurança ou ação civil pública parece-nos que, na medida em que estas ações visam à desconstituição do ato praticado por autoridade administrativa e, sendo possível a suspensão desse ato, no mais das vezes a decisão liminar proferida concede ao autor medida realizável do ponto de vista prático, de natureza antecipatória.

Entre nós, à semelhança do que ocorreu no direito italiano (CPC italiano, art. 700), o Código de Processo Civil de 1973, conquanto ainda pautado no modelo clássico herdado do liberalismo, previu expressamente a utilização um poder geral de cautela pelo juiz (art. 798 do CPC), a depender da verificação de critérios cuja apreciação deve ser feita *in concreto* (*fumus boni iuris e periculum in mora*). Esse poder geral, que não excluiu a previsão de medidas cautelares típicas, abriu caminho para a utilização “promíscua” do processo cautelar com vista a conceder ao requerente, mais que medidas assecuratórias da eficácia do resultado do processo principal, a tutela preventiva do **próprio direito material**. Daí viriam a se desenvolver, entre nós, as mais diversas modalidades de tutela de urgência hoje utilizadas.

A intensidade com que, além da função restauratória do ilícito, passou o Judiciário a procurar evitar *preventivamente* os ilícitos, passando a trabalhar com os chamados *ilícitos de perigo*, mostra, ainda sob esta faceta, o aumento da presença avultada do juiz nas sociedades e a mudança de enfoque acerca da função juristional. Passou-se a admitir mais amplamente --- e, ao depois, a garantir constitucionalmente (art. 5º, inc. XXXV, CF/88) --- a invocação do Poder Judiciário com vista a prevenir o ilícito, em situações de ameaça a direito.

Paralelamente, a ideia de dignidade social passou a permear os institutos de direito privado mediante o labor interpretativo da jurisprudência, de modo que, hoje, se estabeleceu a necessidade de observância de uma função social do contrato e da propriedade<sup>40</sup>; da despatrimonialização do direito de família com vista a um enfoque que privilegia a afetividade entre os membros do núcleo familiar; na admissão do risco da atividade enquanto elemento passível de instituir a responsabilidade civil independente de culpa ou dolo, entre outros. outro aspecto de fundamental importância consistiu no rompimento gradativo do dogma da intangibilidade da vontade do devedor, que autorizou o cumprimento específico de prestações não-patrimoniais. Essas modificações introduzidas, em grande parte, pela jurisprudência, terminaram por se incorporar, gradativamente, aos textos legais.

---

<sup>40</sup> A função social dos direitos já fora, há muito, divisada por Leon Duguit (**Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón**. Trad. DeCarlos G. Posada. 2ª ed. Madrid: Francisco Beltran Librería Española y Extranjera, s/d, p. 34), mas foi efetivamente difundida e praticada no período posterior à crise de 29 e à II Guerra Mundial, quando se verificou o colapso do liberalismo e quando já eram conhecidas as filosofias socialistas.

Com efeito, a disciplina dos contratos, **animada em grande parte pelos avanços jurisprudenciais**,<sup>41</sup> passou da observância estrita ao princípio *pacta sunt servanda* para o alargamento das possibilidades de revisão contratual mediante a aplicação das teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva, que, posteriormente, se incorporaram ao ordenamento positivo. A dificuldade de configuração das nulidades, que, antes, eram *taxativas* e poucas (art. 145 do CC/1916), foi substituída, no âmbito das relações de consumo, por um sistema *numeros apertus* (art. 51, *caput*, do CDC, onde os incisos do art. 51 são amplíssimos, considerando como causas de nulidade as “iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”), para concluir-se que, em lugar da segurança formal e rígida do contrato clássico, colocou-se o alargamento dos poderes do juiz de reequalizar situações contratuais, em nome de valores como a justiça, boa-fé e equidade. Tenha-se presente que o Código Civil, no seu art. 2.035, parágrafo único contém, também, *nulidade aberta*, ao referir-se à função social do contrato e da propriedade.<sup>42</sup>

A função social da propriedade, hoje prevista no texto constitucional (art. 5º, XXIII, art. 186), ganhou efetividade a tal ponto que a jurisprudência pátria já chegou a conferir eficácia direta e imediata ao dispositivo que a consagra, com a finalidade de fazê-la repercutir em matéria possessória<sup>43</sup>, avanço esse, todavia, que teoricamente não é fácil de equacionar.

---

<sup>41</sup> Ao tratar do tema “Antecipação à lei e ruptura dos paradigmas”, na obra **Precedente Judicial como fonte do direito** (São Paulo, RT, 2004, p. 284 e s.), CRUZ E TUCCI traz à tona diversos temas de direito privado onde houve inovação significativa na aplicação do direito pela jurisprudência, realçando que “o Código Civil de 1916 e tampouco a legislação extravagante não continham normas expressas sobre a lesão, como causa de invalidade do negócio jurídico (art. 157 do novo CC), sobre a resolução por excessiva onerosidade (arts. 478 a 480 novo CC), ou mesmo acerca do enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886 do novo CC)”. “A despeito dessas lacunas”, observa, “há incontáveis precedentes judiciais produzidos durante a vigência do diploma revogado, que permitiram, nas referidas situações, a revisão dos contratos ou decretaram sua invalidade, ensejando verdadeira sistematização dogmática não positivada, mas que agora foi expressamente contemplada”. A propósito dessas considerações, cita os seguintes julgados: STJ, 6ª T., Resp 36.279-SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernecchiaro, DJ de 05/04/1999; 3ª T., Emb. Decl. no Resp 46.723-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 13/03/1995; 5ª T., 34.687-RS, Rel. Min. Assis de Toledo, DJ 02/08/1993.

<sup>42</sup> Código Civil, art. 2035, parágrafo único. Reza o seguinte: “Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

<sup>43</sup> V., a propósito, nossos **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, v. XI, Forense, 2009, p. 252 e 253.

Essa inegável adoção de uma perspectiva socializante no direito privado por contribuição de considerável atuação jurisprudencial também se verifica no direito de família (v.g. no tratamento das uniões entre pessoas não casadas),<sup>44</sup> nos direitos da mulher, dos idosos, da criança e do adolescente, onde são inumeráveis as inovações advindas da nova hermenêutica constitucional.<sup>45</sup>

O Estado Social reservou --- sobretudo às minorias não privilegiadas --- a proteção de bens jurídicos considerados essenciais à dignidade humana, dentre os quais sobressaem os direitos à vida, à saúde, à educação, à moradia e ao trabalho. Tais direitos revelaram-se, muitas vezes, insuscetíveis

<sup>44</sup> CRUZ E TUCCI enfatiza a quebra de paradigmas pela atuação dos precedentes judiciais em matéria de família e resume a evolução dos direitos da concubina, “desde o reconhecimento à indenização previdenciária, em casos de morte do segurado, até a plena regulamentação legislativa da união estável”: “*Concubinato* era termo proscrito da legislação civil. Paulatinamente, logo após os primeiros julgados que atribuíram direito previdenciário à concubina, instituiu-se sólida corrente jurisprudencial no sentido de atenuar as injustiças decorrentes da falta de regulamentação legislativa acerca da matéria. Assim, o denominado concubinado passou a ser tratado como verdadeira sociedade de fato, por uma profusão de *precedentes judiciais*, no período de 1946 a 1963, ensejando a formulação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Dederal, que instituiu a comunicação de aqueles, desde que comprovado o esforço comum para a aquisição oneros da bens. Inicialmente, esse esforço comum era considerado, em inúmeras decisões judiciais, como a medida da participação efetiva de cada concubino para a partilha do patrimônio acumulado durante a união *more uxorio*. Surgiu, então, novo posicionamento pretoriano, sustentando que após cinco anos de concubinato, o julgamento deveria ser proferido com base na presunção *iuris tantum* da existência de esforço comum, o que implicava inversão do ônus da prova para o concubino que tivesse os bens registrados em seu nome. Ocorre que, pouco a pouco, e uma vez mais por influxo marcante da iteração de *precedentes*, veio prestigiado o entendimento no sentido de que a expressão *esforço comum*, da mencionada Súmula 380, não importava, necessariamente, em participação efetiva no aumento patrimonial, bastando que a concubina houvesse contribuído indiretamente, com seu trabalho na lida doméstica. Verifica-se, afinal, que a evolução dos *precedentes judiciais* sobre essa importante questão social acabou tornando imperiosa a regulamentação legislativa da união estável, primeiramente, pelo art. 226, § 3º, da Constituição Federal, até a disciplina dos arts. 1.723 a 1.727 do novo Código Civil que, em grande parte, positivou a linha de pensamento predominante nos tribunais pátrios”. (*Op. cit.*, pp. 288-289).

<sup>45</sup> Recentemente, há uma tendência a se conferir eficácia imediata aos dispositivos constitucionais que cuidam das atribuições do Ministério Público (arts. 127 e 129), para se conferir legitimidade à instituição para tutelar os direitos do menor e do idoso desambarados. Os acórdãos dizem respeito, em sua maioria, ao direito à saúde – hipóteses de pretensão ao fornecimento de medicamentos e à prestação de assistência à saúde dos menores e dos idosos – e ao direito à creche, no caso dos menores (STJ, 1ª T., REsp 822712/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 04/04/2006, DJ 17/04/2006, p. 196; STJ, 1ª T., REsp 822712/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 04/04/2006, DJ 17/04/2006, p. 196; STJ, 2ª T., REsp 984.430/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 23/10/2007, DJ 22/11/2007, p. 238STJ, 2ª T., AgRg na MC 14.096/PR, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias -- Juiz Convocado do TRF 1ª Região, j. 03/06/2008, DJe 19/06/2008; STJ, 1ª T., REsp 899.820/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 24/06/2008, DJe 01/07/2008).

de proteção pela via da tripartição rígida e clássica do processo, cujos segmentos estanques (conhecimento, execução e cautelar), impossibilitava a produção de efeitos apreciáveis fora da fase executória.

## 5. A EVOLUÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E O CONTEXTO DA TRANSIÇÃO DOS MODELOS ESTATAIS

A superação do modelo liberal-burguês repercutiu no âmbito do processo civil sob diversas perspectivas, sendo significativa a evolução das tutelas de urgência nesse contexto. Se antes a atuação do juiz por meio do processo era considerada uma *ameaça* ao *status quo* e um perigo para segurança da classe burguesa, com a evolução tecnológica, o fim das Grandes Guerras e a ocorrência de crises significativas na economia mundial, a atividade jurisdicional limitada à codificação já então obsoleta é que se tornou uma verdadeira *ameaça* aos direitos reconhecidos pelo Estado Social. Esse aspecto foi notado por diversos processualistas que, na atualidade, demonstraram a insuficiência do sistema precedente às reformas do Código de Processo Civil e preconizaram uma interpretação das normas legais mais consentânea com as garantias constitucionais (entre nós, especialmente aquela do inc. XXXV do art. 5º da CF) e com a tutela dos direitos em estado de periclitção.

O saudoso professor Ovídio Baptista da Silva vislumbrou, já no início da década de 70 do século passado, a importância da tutela de urgência. Logo no início da obra “As ações cautelares e o novo processo civil”, o ilustre processualista e amigo dileto constata a ausência, entre nós, de um suporte doutrinário consistente sobre a matéria, presa que estava “a um casuismo despido de qualquer orientação sistemática”. Tal omissão, como observou à época, era estranhável diante da imensa utilidade prática desse tipo de tutela jurisdicional, em decorrência “talvez, da própria crise em que está submerso o mundo moderno e a que, como é compreensível, o direito não pode fugir”<sup>46</sup>. Em seguida, enunciou os fatores que conduziam à inadequação do tradicional processo de conhecimento à tutela do direito material:

---

<sup>46</sup> **As ações cautelares e o novo processo civil.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 7. A 1ª edição é de 1973.

A chamada revolução tecnológica, muito mais intensamente que a Revolução Industrial do século passado, tem afetado nossa estrutura social, impondo ao homem contemporâneo, não apenas uma rápida transformação de todos os aspectos da vida em sociedade, onde a *mudança* tem sido a característica fundamental; mas, além disso, ameaçando a humanidade com uma verdadeira *mutação* social.

Ora, nesse contexto de perpétuo *devenir*, numa sociedade em permanente *transformação*, onde o *risco*, o medo e o próprio *perigo* estão institucionalizados nas mais diversas formas de convivência social e nas próprias guerras permanentes, (...), é realmente difícil explicar o insuficiente tratamento das *ações de segurança*, pois, como se verá, essa forma de tutela é, precisamente, a maneira pela qual o processo civil responde às exigências de perigo, da periclitación dos bens e interesses juridicamente protegidos. (...)

A chamada *sociedade de consumo* de nossos dias abandonou, definitivamente, os valores que fizeram a grandeza dos impérios conhecidos na história. As obras duradouras, a preocupação do eterno, o sentido de permanência são, com efeito, valores sociais relevantes. Aqui reinam, absolutos, outros valores.

A transitoriedade e a mudança são os grandes senhores da civilização ocidental contemporânea.

A moda e outros valores estão aí a comprovar essa verdade.

Ora, se o Poder Judiciário está condenado a sucumbir na luta pela superação dos problemas gerados pela própria evolução social, ou, pelo menos, deverá aceitar a permanente inadequação, como uma decorrência inelutável das peculiaridades históricas, tornando-se mais ou menos quiméricas as aspirações de um a justiça célere e eficiente, não há necessidade de outras justificações para demonstrar a atualidade e importância das ações cautelares, que são, precisamente, instrumentos capazes de **aliviar as tensões criadas por este desequilíbrio estrutural, dando aos que procuram a proteção judiciária pelo menos mais segurança, o que, em última instância, é também um fim colimado pela jurisdição comum**".<sup>47</sup>

Pode-se dizer que as ações cautelares contribuam para a reconstrução do equilíbrio desfeito pelas constantes mutações na sociedade, problema

<sup>47</sup> Op. cit., pp. 8-9.

impossível de ser equacionado por um processo permeado pelas concepções liberais de *igualdade material e manutenção do 'status quo'*. Esse ponto foi realçado, posteriormente, por Luiz Guilherme Marinoni que, ao tratar da tutela antecipada anotou, por diversas vezes, que o esquema clássico do processo civil brasileiro funciona como mecanismo que perpetua a situação do réu em detrimento da premência do direito do autor que tem razão: “*Se o autor é prejudicado esperando a coisa julgada material, o réu, que manteve o bem da vida na sua esfera jurídico-patrimonial durante o longo curso do processo, evidentemente, é beneficiado. O processo, portanto, é um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem*”<sup>48</sup>

Atentos ao descompasso entre a realidade vigente e a escassez dos instrumentos disponíveis à tutela urgente de direitos, os tribunais pátrios passaram a se valer do poder geral cautelar para conceder as medidas necessárias à minoração dos prejuízos sofridos pelo autor em razão da demora do desfecho desse processo.

Nesse contexto, as medidas acautelatórias refletiram os próprios desígnios do Estado Social, ao restabelecer, no plano processual, o equilíbrio que os novos direitos, pautados na dignidade social, buscavam restabelecer no plano do direito material.<sup>49</sup>

Logo cedo, porém, constatou-se a *insuficiência de medidas meramente assecuratórias* do resultado do processo para a consecução desse reequilíbrio; novamente, o professor Ovídio Baptista da Silva foi precursor na defesa da criação de um mecanismo que possibilitasse a realizabilidade prática do direito material sem a necessidade de se aguardar o desfecho final do processo<sup>50</sup> de conhecimento e o trânsito em julgado da sentença.

A possibilidade de tal realização não era, como já se ressaltou, estranha ao nosso ordenamento, que chegou a prever a concessão de liminares satisfativas em ação popular e em mandado de segurança, além de algumas

---

<sup>48</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2002, pp. 17-18.

<sup>49</sup> A utilização das tutelas de urgência como fator de equilíbrio e igualdade material foi colocada em relevo por EDUARDO ARRUDA ALVIM, em estudo a propósito da Antecipação de Tutela (**Antecipação da Tutela**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 32), onde é citada, em sentido convergente, a obra de NELSON LUIZ PINTO (A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de economia processual. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 105, p. 59, 2002).

<sup>50</sup> Até então falava-se em “processo” e conhecimento, em lugar de “fase” de conhecimento, pois a estrutura sincrética apenas foi retomada a partir da vigência da Lei 11.232/2005.

medidas cautelares típicas que, em verdade, constituíam verdadeira tutela *satisfativa, irreversível* no plano material e *autônoma* em relação à necessidade de um processo principal<sup>51</sup>.

Daí que a evolução jurisprudencial, na linha do que se enunciou quanto aos novos moldes da atuação do juiz na consecução dos novos direitos, não tardou a conceder aos jurisdicionados medidas assecuratórias do próprio **direito material** que, embora revogáveis, eram **irreversíveis no plano prático**, de modo que eventual reversão da decisão liminar somente poderia ser resolvida em perdas e danos, a serem objeto de ação indenizatória posterior. Na esteira dessa situação, vieram a abundar a concessão de provimentos de urgência destinados a resguardar os direitos à vida e à saúde, cuja conotação social autorizava ampla proteção pela jurisprudência, independentemente da existência de norma expressa que autorizasse a antecipação dos efeitos da decisão final.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> A ausência de cautelaridade de algumas das medidas provisionais previstas no art. 888 do CPC não escapou da argúcia de Ovídio Batista da Silva, que ponderou, acerca do inc. VIII, que a interdição e a demolição possuíam caráter satisfativo, que demandava apreciação o mérito e independia do ajuizamento de ação principal (p. 242-243).

<sup>52</sup> Veja-se, exemplificativamente, a atuação jurisprudencial **antes da vigência da Lei 8.952/94**: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO BANCO CENTRAL. DESBLOQUEIO DE CRUZADOS. PERICULUM IN MORA. CONFIGURAÇÃO. ARTS. 5., CAPUT, 6., 196 E 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (...) II. A medida cautelar deve cingir-se a assegurar a garantia da eficácia do processo principal, assumindo, indevidamente, caráter satisfativo quando utilizada para antecipar o resultado da prestação jurisdicional que será objeto de exame e debate profundo na ação ordinária que lhe seguirá. III. Caso, todavia, em que o precário estado de saúde da parte postulante torna o *periculum in mora* irreparável, sendo de se afastar, conseqüentemente, a norma procedimental impeditiva da imediata eficácia da sentença monocrática em favor dos direitos fundamentais protegidos nos arts. 5., caput, 6., 196 e 226 da Carta da República. IV. Apelação e remessa oficial improvidas. Ação cautelar procedente”. (TRF – 1; AC 9201218494; 1ª T.; j. 21/10/1992; DJ 01/03/1993; Rel. Juiz Aldir Passarinho Jr.); “MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. BLOQUEIO DE CRUZADOS NOVOS. MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO CAUTELAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO SUSPENSIVO. SITUAÇÃO ESPECIAL. I. Afasta-se a aplicabilidade da norma da Lei 8076/90 quando a medida liminar que determinou o desbloqueio dos cruzados novos se fulcra em motivos relacionados com tratamento da saúde própria ou de familiar. II. Constituição Federal: arts. 5 caput, 6, 196 e 226. III. Mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo a agravo de instrumento que se denega’. (MS 90.01.16761-6/DF, 1 Seção, maioria, Rel. o Sr. Juiz Jirair Aram Meguerian, entre outros). Segurança denegada, na esteira dos precedentes da Seção.” (TRF – 1ª Região; 1ª Seção; MS 9001174302; j. 24/02/1992; DJ DATA:06/04/1992; Rel. Juiz Hércules Quasímodo). “Agravo Regimental. Mandado de Segurança contra ato jurisdicional. Liminar concedida em medida cautelar. Fornecimento de medicamento a doente com risco de vida. Em tese, se constitui em dever do Estado o fornecimento de medicamento a doente necessitado, correndo sério risco de vida. E, correta a concessão da liminar que assim determinou, inviável a sua cassação via mandamus, por ausência de direito líquido e certo. Agravo desprovido” (TJRS, AI 595004631, Câmara de Férias Cível, Rel. Des. Ramon Georg

Luiz Fux, em defesa da criação de tutelas autônomas para a assecuração do direito material em situações de urgência (“tutela de segurança”) e para a abreviação do procedimento em situações nas quais o direito seja evidente (“tutela da evidência”), enuncia diversos exemplos de provimentos satisfativos<sup>53</sup> concedidos mediante liminares ‘disfarçadas de cautelares’: imediata imissão na posse do imóvel pelo locador, diante dos óbices opostos pelo locatário à realização de obras urgentes; a prorrogação de contrato; o levantamento de valores consignados em juízo a determinação de matrícula em universidade; a autorização para viajar; a autorização para realização de cirurgia impedida por um dos pais; a determinação do cumprimento de ordem de entrega de mobília adquirida mediante pagamento antecipado; o levantamento de cruzados retidos; o pagamento em dinheiro de pensões em percentual determinado.<sup>54</sup> Muitas dessas providências refletiam as prioridades eleitas pelo Estado Social, vez que viabilizam a concreção de valores como a saúde, a habitação, a alimentação e a educação.

Segundo a tese do Ministro Luiz Fux, essas medidas deveriam ser concedidas com base no poder-dever do juiz de solucionar os conflitos intersubjetivos com a celeridade e exatidão demandadas pela situação de direito material, conforme se tratasse de direito em estado de periclitacão ou de direito evidente. Em sendo irreversível, no plano empírico, a providência determinada, a questão se resolveria em perdas e danos, e aplicar-se-ia a regra prevista no art. 811 do CPC (referente às medidas cautelares), sem que houvesse necessidade de instauração de um novo processo para esse fim.<sup>55</sup>

A Lei 8.952/1994 adotou uma sistemática diferente, prevendo uma tutela *interina* (=concedida no curso do processo) de antecipação dos

---

Von Berg, Julgado em 26/01/1995).

<sup>53</sup> A alusão à satisfatividade refere-se aqui ao prisma fenomenológico, i.e., da realizabilidade do direito material no plano prático, e não ao prisma normativa, que diz respeito à definitividade da decisão que determina a medida. Cuida-se, dessa forma, de decisões liminares não definitivas, porque podem ser revogadas, mas satisfativas, porque modificam a realidade fática. Essas medidas satisfativas podem ser irreversíveis (ex. autorização para viajar) ou reversíveis (ex. levantamento de valores ou entrega de coisa), em decorrência da possibilidade ou não de retorno das coisas ao *status quo ante*. Daí que a satisfatividade (possibilidade de entrega do direito material e modificação do plano da vida), não guarda relação necessária com a definitividade da decisão que a concede (possibilidade de revogação quando do resultado final do processo) ou com a reversibilidade da providência no plano prático (possibilidade de retorno ao *status quo ante*, exatamente como figuravam as coisas).

<sup>54</sup> **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência.** São Paulo: Saraiva, 1996, p. 62.

<sup>55</sup> **Op. cit., passim.**

efeitos do provimento ao final pretendido (art. 273 do CPC) mediante constatação do estado de periclitção do direito (inciso I) ou do abuso do direito de defesa do réu (inciso II). Num sentido estrito, apenas a primeira modalidade de antecipação de tutela seria considerada de urgência, pois é justamente o *periculum in mora* que autoriza a concessão da medida; num sentido amplo, porém, a tutela fundada no abuso do direito de defesa reflete o contexto contemporâneo da tutela de direitos, porque evita que a morosidade do processo prejudique o autor que --- provavelmente --- tem razão em detrimento do réu que exerce o direito de defesa de modo abusivo. Ambas as medidas configuram fatores de equilíbrio no processo, exatamente nos moldes da igualdade proporcional e da justiça distributiva enunciada pelo Estado Social.

Pela interpretação literal do art. 273 e § 2º, a tutela antecipatória não poderia ser irreversível do ponto de vista prático, o que conduziria à precipitada conclusão de que somente poderiam ser concedidas providências suscetíveis de desfazimento (retorno ao *status quo ante*). Há, contudo, ocasiões em que, como aponta EDUARDO ARRUDA ALVIM, “a denegação da antecipação de tutela sob o fundamento de que isso implicaria criar uma situação irreversível pode gerar situações de grande iniquidade”.<sup>56</sup> Em tais hipóteses, anota, o sacrifício ao princípio da bilateralidade de audiência não será apenas provisório, pois os efeitos gerados pela decisão serão irreversíveis. Para equacionar esse ‘conflito insuperável entre a efetividade do processo e a necessidade de respeito ao princípio da bilaridade de audiência’, adota-se o princípio da proporcionalidade, a fim de ponderar a relevância dos bens jurídicos em jogo. Há, nesse sentido, ampla jurisprudência que suporta a opinião de EDUARDO ARRUDA ALVIM e se encontra aí referida.<sup>57</sup>

À vista de tudo o que já se comentou acerca dos novos valores inseridos pelo Estado Social, é certo que a legislação não teria evoluído para a previsão da antecipação de tutela não fosse a maior liberdade de atuação dos tribunais e a possibilidade de interpretação dos textos legais à luz dos princípios extraídos da Constituição Federal. E, caso se cogitasse da aplicação do art. 273, na dicção que lhe foi conferida pela Lei n.º 8.952/1994, sob a ótica dos valores liberais, certamente não haveria possibilidade de se concederem medidas irreversíveis no plano prático, já que, àquela época, o

<sup>56</sup> **Antecipação de Tutela**. Curitiba: Juruá, 2007, pp. 143-144.

<sup>57</sup> **Op. cit.**, pp. 150 e 151.

§ 6º do art. 273 não comportaria qualquer margem interpretativa por parte do juiz.

Foi justamente a superação da ideia de segurança amparada no texto legal que permitiu a evolução das tutelas de urgência e a abreviação do processo mediante técnicas de sumarização, como é o caso do julgamento antecipado da parte incontroversa do pedido (§ 6º do art. 273, inserido pela Lei 10.444/2002), que nada mais é que um modo de abreviação do processo que não demanda a urgência em sentido estrito, visto que é dispensado o *periculum in mora*. Trata-se de decisão de mérito, e, o recurso interponível tem desafiado estudos e opiniões, por refugir essa hipótese do § 6º, do art. 273 do sistema do Código de Processo Civil.

O auge da incorporação da prática jurisprudencial pelos textos legais no âmbito das tutelas de urgência consistiu na autorização expressa de aplicação do princípio da fungibilidade às medidas cautelares e antecipatórias, mediante observância dos respectivos requisitos.<sup>58</sup>

E, em matéria de **efetivação** das decisões que encartam tutelas de urgência, foram indispensáveis as modificações gradativas pertinentes à tutela das obrigações de fazer, não fazer (art. 461, com as alterações implementadas pelas Leis 8.952/1994 e 10.444/2002, na linha do que já previa o CDC, art. 84) e de entrega de coisa (art. 461-A, inserido pela Lei 10.444/2002) e, bem assim, à execução provisória das condenações em pecúnia (modificações implementadas pela Lei 11.232/2005, que inseriu o art. 475-O, do CPC). As novas disposições pertinentes à tutela das obrigações *de fazer, não fazer e de entrega de coisa* determinaram a supremacia da tutela *específica* mediante prestações *in natura* em detrimento da resolução em perdas e danos, consagrando, desta forma, o rompimento com o dogma da intangibilidade da vontade humana. Já aquelas que dizem respeito à execução provisória dos julgados flexibilizaram a ideia de que o princípio da segurança jurídica

---

<sup>58</sup> Veja-se a jurisprudência indicativa dessa tendência, anterior à inserção do § 7º do art. 273: “Medida cautelar inominada. Mesmo com conteúdo de pretensão de tutela antecipada, é de ser conhecida, em face do princípio da instrumentalidade do processo. Recurso provido”. (TARS (extinto), Apel.Cív. 196176630, 7ª Câm. Cív., Rel. Des. Perciano de Castilhos Bertoluci, j. 27/11/1996); “Instrumentalidade processual e indiferença do “nomen iuris” que se queira emprestar a tutela anteciparia ou a tutela cautelar. Caso em que, todavia, a parte não nega fato afirmado pela ré: a duplicata decorre de fornecimento de mercadoria (compra e venda) e não de prestação de serviços. Ausência, pois, de plausibilidade ou probabilidade de direito, inviabilizando, em qualquer hipótese, a liminar de urgência”. (TJRS, 20ª Câm. Cív., AI 70000786970, Rel. Arminio José Abreu Lima da Rosa, j. 04/04/2000);

estaria situado acima de outros valores jurídicos e da própria efetividade do processo, permitindo a expropriação do patrimônio do devedor antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

O que se verifica, afinal, é uma profunda influência do contexto político, econômico e social no desenvolvimento do que, hoje, se denominam tutelas de urgência, inserindo-se, nesse termo, tanto as medidas que demandam a verificação do *periculum in mora* para sua concessão (medidas cautelares típicas e atípicas, medidas satisfativas autônomas e antecipação de tutela), como aquelas que, em razão da dinamização das relações sociais e da necessidade de se reequilibrar a situação das partes no processo, permitem a abreviação do feito e a antecipação dos efeitos ou do próprio julgamento (é o caso, por exemplo, da tutela antecipada fundada no abuso do direito de defesa e da antecipação do julgamento da parte incontroversa).

Nessa evolução, a função ativa dos órgãos jurisdicionais, iluminada pelas ideias dos mais consagrados juristas, dentre os quais é exemplo singular o Professor Ovídio Baptista da Silva, exerceu um papel determinante, pois antecipou-se aos textos legais para regular situações que não haviam sido previstas exaustivamente, guiando-se pelos objetivos da lei e pela supremacia das normas constitucionais.

# “DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO”

*Francisco Glauber Pessoa Alves*

Doutor e Mestre em Processo Civil  
(PUC/SP).  
Membro do IBDP.  
Juiz Federal (SJPE).

**RESUMO:** O trabalho aborda a dificuldade semântica com constância encontrada na doutrina acerca das expressões direitos humanos e direitos fundamentais, apresentando uma tentativa de sistematização, com vista a diferenciá-las à luz do direito brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos - Humanos - Fundamentais - Sistematização.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Panorama. 3. Proposta. 4. Arremate. Bibliografia

## 1. INTRODUÇÃO:

Os temas direitos humanos e direitos fundamentais têm assumido a pauta em sede do direito internacional. No mesmo passo, o direito constitucional, forte no pós-positivismo proposto por Robert Alexy, incorporou muitos dos direitos enquadráveis nessas duas categorias para aqueles que admitem distinção entre uns e outros.

Com isso, uma melhor definição e até mesmo distinção entre essas duas espécies, se assim possam ser chamadas, mostrou-se premente. O desapuro terminológico sobre se direitos humanos são direitos fundamentais e vice-versa é absolutamente presente na doutrina, que ora trata-os como sinônimos, ora distingue-os, sem maior precisão conceitual.

Esse ensaio se propõe a ser uma tentativa, modesta que é, em verdade, mas, ainda assim honesta, de dar melhor contextualização aos conteúdos desses dois ramos do direito público e sobre eventuais pontos de intersecção neles contidos.

## 2. PANORAMA

Significativa parcela dos autores parece ver, nos direitos humanos e nos direitos fundamentais, conteúdos idênticos. A doutrina tedesca vem estudando os direitos fundamentais há muito tempo. Robert Alexy destaca a existência de teorias históricas, filosóficas e sociológicas acerca dos direitos fundamentais<sup>1</sup>. Esse autor divisa normas de direito fundamental e os direitos fundamentais propriamente ditos, ainda que estabelecidas entre ambos estreitas conexões<sup>2</sup>. Porém, não ignora, como não poderia, a problemática da definição:

El derecho fundamental como un todo es un objeto muy complejo pero, en modo alguno, inaprehensible. Está compuesto por elementos con una estructura bien definida, es decir, las distintas posiciones del ciudadano y del Estado, y entre estas posiciones existen relaciones claramente determinables, las relaciones de precisión, de médio/fin y de ponderación.<sup>3</sup>

Konrad Hesse vê nos direitos fundamentais, à luz da Constituição da Alemanha, um caráter dúplice<sup>4</sup>: como direitos subjetivos e como elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. No primeiro caráter, são direitos do particular, não só nos direitos do homem e do cidadão no sentido restrito, mas, também, garantidores de um instituto jurídico ou a liberdade de um âmbito de vida. No segundo, são reconhecidos para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direitos individuais, ou, que em absolutos, garantem direitos individuais, não obstante estejam incorporadas no catálogo de direitos fundamentais da Constituição. Também assim José Joaquim Gomes Canotilho:

---

<sup>1</sup> *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 27.

<sup>2</sup> *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 47.

<sup>3</sup> *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 245.

<sup>4</sup> *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 229-244.

As expressões «direitos do homem» e «direitos fundamentais» são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.<sup>5</sup>

Jorge Reis Novais<sup>6</sup> propõe duas dimensões para os chamados direitos fundamentais. Uma, objetiva, e outra, subjetiva. Uma, que resulta na garantia jurídica de um bem, proporcionada pela imposição de deveres jurídicos objetivos ao Estado; outra, que resulta da garantia jurídica, ainda que muito diferenciada, de uma posição de vantagem individual na fruição dos bens protegidos de direitos fundamentais. Nas palavras do próprio autor, “constituindo uma e outra dimensão, a partir da consagração ou recepção constitucional do direito fundamental, Direito objectivamente vinculante de todas as entidades públicas”<sup>7</sup>.

Na doutrina brasileira, não é muito diferente. Aparentemente, Flávia Piovesan trata do assunto direitos fundamentais como sinónimo de direitos humanos<sup>8</sup>. Realça os valores prestigiados pela República Federativa do Brasil nos arts. 1º. e 3º., notadamente os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Por fim, remata ao expressar que o Texto “de 1988 ainda inova ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os sociais (ver Capítulo II do Título II da Carta de 1988)”<sup>9</sup>. Ingo Wolfgang Sarlet opta pela expressão direitos fundamentais, que vê como consagrada na nossa CF e na doutrina alemã, estremando-os, por serem aqueles reconhecidos pelo direito constitucional

<sup>5</sup> *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 369, destaques do original.

<sup>6</sup> *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, p. 56-57.

<sup>7</sup> *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, p. 57.

<sup>8</sup> *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 25-36.

<sup>9</sup> *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 34.

positivo e, portanto, delimitados especial e temporalmente, dos direitos humanos, que vê como posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal independente de vinculação com determinada ordem jurídico-interna<sup>10</sup>. José Afonso da Silva aponta essa dificuldade conceitual, para, ao depois, chegar à expressão direitos humanos fundamentais, que entende como mais justificada:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evolver histórico dificultam definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: *direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais*. (...)

*Direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.<sup>11</sup>

Alexandre de Moraes aponta essa mesma problemática, adota a terminologia direitos humanos fundamentais e prefere não radicalizar, expressando que o

(...) importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.<sup>12</sup>

Talvez, por isso, tenha-os definido como o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser “humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal,

<sup>10</sup> *Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira*, p. 225-226.

<sup>11</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, p. 175 e 178.

<sup>12</sup> *Direitos humanos fundamentais*, p. 21.

e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”<sup>13</sup>. O tema não é fácil, até porque registra Teresa Arruda Alvim Wambier que a doutrina trata direitos fundamentais como uma categoria autônoma em relação aos princípios fundamentais da CF. A autora assevera:

De certo modo, têm razão os autores que assim procedem, já que *princípios fundamentais* da Constituição são, em primeiro lugar, *princípios* e, em segundo lugar, dizem respeito a uma gama mais ampla, sendo mais genéricos: fala-se em *princípio federativo*, *princípio da soberania nacional*, *princípio democrático*. Por outro lado, todavia, há o *princípio da dignidade da pessoa humana*, de que decorrem alguns direitos fundamentais, como o direito à *liberdade de consciência e crença*, à *intimidade* e à *vida privada* e tantos outros.<sup>14</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>15</sup> tece uma classificação dos direitos fundamentais bastante interessante. O autor classifica os direitos fundamentais em dois grandes grupos: o dos *direitos fundamentais como direitos de defesa* (objetivando a limitação do poder estatal – *status libertatis* ou *status negativus*) e o dos *direitos fundamentais como direitos a prestações* (impondo ao Estado o dever de pôr a disposição do indivíduo os meios e as condições fáticas para o efetivo exercício das liberdades e direitos fundamentais). Estes subdividem-se em dois grupos: o dos direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e participação na organização e procedimento) e o dos direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações sociais materiais). Tal classificação é seguida por Luiz Fernando Calil Freitas<sup>16</sup>.

### 3. PROPOSTA

Em primeiro lugar, queremos deixar claro que o elevado grau de abstração da expressão “direitos humanos” não pode conduzir a uma indefinição, a

<sup>13</sup> *Direitos humanos fundamentais*, p. 20.

<sup>14</sup> *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 82.

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira*, p. 228-233.

<sup>16</sup> *Direitos fundamentais: limites e restrições*, p. 62.

uma ausência de limites que gera insegurança e nenhuma cientificidade. Se para o plano filosófico e mesmo puramente acadêmico isso talvez fosse o bastante, para o profissional do direito que precisa trabalhar com tais conceitos no mundo empírico isso não resolve, notadamente quando, hoje, temos muitos direitos tidos por humanos contidos e protegidos pela nossa CF. Deve-se deixar claro se direitos humanos e direitos fundamentais possuem o mesmo significado, se um é continente e o outro é conteúdo ou mesmo se são conceitos absolutamente distintos.

No direito constitucional, desenvolveram-se o que se convencionou chamar de quatro “gerações de direitos”<sup>17</sup> fundamentais. Na primeira, têm-se os direitos de *liberdade*, predominantes no século XIX e teve como marco a Revolução Francesa<sup>18</sup>. Na segunda geração, que talhou o século XX, constatam-se os direitos sociais, cujo arrimo inegável é o princípio jurídico da *igualdade*. Inclusive, leciona Paulo Bonavides que os

(...) direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal desde século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.<sup>19</sup>

Na terceira geração verificam-se os direitos fulcrados na *fraternidade* (ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação). Por fim, na quarta está o direito à democracia, à informação e ao pluralismo político, deles dependendo “a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-

<sup>17</sup> Há quem diga que se trata de dimensões e não de gerações, como é o caso de Willis Santiago Guerra Filho (*A dimensão processual dos direitos fundamentais e da constituição*, p. 14). Contrariamente, Paulo Bonavides (*Curso de direito constitucional*, p. 395-397), para quem gerações é expressão mais adequada.

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 514 e ss.

<sup>19</sup> *Curso de direito constitucional*, p. 518.

se no plano de todas as relações de convivência<sup>20</sup>. Aliás, bem consignou José Manoel de Arruda Alvim Netto, ao expor que tanto

(...) na Europa, quanto nos Estados Unidos, como aqui, verificaram-se pressões sociais pela ‘reivindicação’ de ‘novos’ direitos e, bem assim, detectou-se — talvez com perplexidade inicial, ao menos — a insuficiência dos instrumentos processuais existentes, de caráter estruturadamente individualista.<sup>21</sup>

Vemos, assim, que a primeira, a segunda e a terceira gerações correspondem à clássica trinomia que em francês se imortalizou: *liberté, égalité et fraternité*. Porém, como bem apontou o consagrado constitucionalista que fez história na Universidade Federal do Ceará, o dado concreto é que novas realidades fizeram surgir a quarta geração de direitos, nos quais os direitos à *democracia*, à *informação* e ao *pluralismo político* são os pilares-mestres. Com efeito, a noção antiga e assaz de vezes repetida de que “democracia é o governo da maioria”, conquanto didática para o leigo, é insuficiente. Um parlamento cujos membros estejam dominados por interesses próprios e distorcidos do povo – e isso ocorre com mais frequência do que seria desejável – pode redundar em decisões majoritárias que longe estejam dos anseios da democracia e dessa fórmula geral de que democracia é o governo da maioria. A partir disso é que, talvez, alguns tenham predileção por regimes autoritários<sup>22</sup>. Por isso a advertência de Paulo Bonavides:

A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole

<sup>20</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 525.

<sup>21</sup> *Manual de direito processual civil*, p. 59.

<sup>22</sup> “A regulação clara de questões pendentes por uma autoridade forte pode em muita coisa ser mais simples do que a luta e negociação complicada, penosa e freqüentemente pouco agradável entre os participantes, que nem sequer sempre conduz à produção de um acordo” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 123-124).

autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual.<sup>23</sup>

Pois bem. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, haurida do calor da Revolução Francesa, foi o primeiro marco normativo sobre a matéria direitos humanos. Entretanto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 10.12.1948, é o primeiro norte mais seguro a ser conferido. Através dela, findou-se “incorporando ao Direito Internacional os direitos anteriormente reconhecidos na Constituição do Estado”<sup>24</sup>. Ela representa basicamente os chamados direitos constitucionais de primeira (liberdade) e de segunda (igualdade) gerações<sup>25</sup>, já referidos. Ali são previstos direitos à igualdade, ao devido processo legal, à presunção de inocência e muitos outros. A expressão direitos humanos é extremamente presente no direito internacional.

Em que pese isso, não há como situar o tema direitos humanos exclusivamente no campo do direito internacional ou somente do direito constitucional. Dentro dos ciclos que parecem desafiar as teses de há muito assentadas, embora os direitos humanos tenham nascido no direito constitucional, ganharam força com o direito internacional. Entretanto, é somente com a simbiose entre ambos que há base e aplicabilidade. A previsão dos direitos humanos no direito internacional que não se veja presente no direito interno, especificamente no direito constitucional, é carecida de substância, situando-se muito mais no plano da retórica ou mesmo das intenções políticas das nações signatárias dos tratados que os prevejam do que naquilo que é mais essencial: a presença no cotidiano dos povos dessas nações, por meio da atuação em tal sentido pelos Estados. Efetivamente, Flávia Piovesan teve bastante acuidade ao centrar sua obra sobre as relações interdisciplinares do que chamou de direito internacional dos direitos humanos e as constituições:

---

<sup>23</sup> *Curso de direito constitucional*, p. 525.

<sup>24</sup> HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 231.

<sup>25</sup> Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 516-521.

Por sua vez, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao concentrar seu objeto nos direitos da pessoa humana, revela um conteúdo materialmente constitucional, já que os direitos humanos, ao longo da experiência constitucional, sempre foram considerados matéria constitucional. Contudo, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a fonte de tais direitos é de natureza internacional.<sup>26</sup>

Em sede de direito positivo e estando a discussão carecida de maior grau de precisão, recorreremos ao Pacto de São José da Costa Rica e ao Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, que incorporou em nosso direito a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Especificamente no que interessa, ele é dividido em *Direitos Cívicos e Políticos* (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, direito à vida, direito à integridade pessoal, direito à proibição à servidão e escravidão, direito à liberdade pessoal, direito às garantias judiciais, direito à legalidade e retroatividade, direito à indenização por erro Judiciário, direito à proteção da honra e da dignidade, direito à liberdade de consciência e de religião, direito à liberdade de pensamento e de expressão, direito à retificação ou resposta, direito de reunião, direito à liberdade de associação, direito à proteção à família, direito ao nome, direitos da criança, direito à nacionalidade, direito à propriedade privada, direito de circulação e de residência, direitos políticos, direito de igualdade perante a lei e direito de proteção judicial) e *Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (norma programática tendo como destinatários o comprometimento dos Estados-signatários a tomarem as medidas necessárias ao desenvolvimento dessas áreas). Ou seja, hoje, já temos um indicativo no direito positivo do que sejam direitos humanos, que os distingue dos direitos fundamentais. Parece-nos que até a vigência do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, havia razão nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho:

A primeira dessas distinções é entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos

<sup>26</sup> *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 16.

fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, situados em uma dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de direito interno.<sup>27</sup>

É verdade que essa constatação é anterior ao Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 e que o autor cearense talvez não a levasse a cabo diante do novo quadro normativo que sucedeu seu trabalho, uma vez vencida a fluidez histórica que sempre acompanhou o tema direitos humanos. Nada obstante, direitos humanos ainda é expressão muito indeterminada, conforme decidiu o STJ ao julgar caso notório que lhe foi submetido por força do § 5º. do art. 109 da CF, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> *A dimensão processual dos direitos fundamentais e da constituição*, p. 14.

<sup>28</sup> “Ementa: CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO DOLOSO QUALIFICADO. (VÍTIMA IRMÃ DOROTHY STANG). CRIME PRATICADO COM GRAVE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS. INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA – IDC. INÉPCIA DA PEÇA INAUGURAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA CONTIDA. PRELIMINARES REJEITADAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E À AUTONOMIA DA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RISCO DE DESCUMPRIMENTO DE TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELO BRASIL SOBRE A MATÉRIA NÃO CONFIGURADO NA HIPÓTESE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO.

1. Todo homicídio doloso, independentemente da condição pessoal da vítima e/ou da repercussão do fato no cenário nacional ou internacional, representa grave violação ao maior e mais importante de todos os direitos do ser humano, que é o direito à vida, previsto no art. 4º, n° 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário por força do Decreto n° 678, de 6/11/1992, razão por que não há falar em inépcia da peça inaugural.

2. Dada a amplitude e a magnitude da expressão “direitos humanos”, é verossímil que o constituinte derivado tenha optado por não definir o rol dos crimes que passariam para a competência da Justiça Federal, sob pena de restringir os casos de incidência do dispositivo (CF, art. 109, § 5º), afastando-o de sua finalidade precípua, que é assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil sobre a matéria, examinando-se cada situação de fato, suas circunstâncias e peculiaridades detidamente, motivo pelo qual não há falar em norma de eficácia limitada. Ademais, não é próprio de texto constitucional tais definições.

3. Aparente incompatibilidade do IDC, criado pela Emenda Constitucional n° 45/2004, com qualquer outro princípio constitucional ou com a sistemática processual em vigor deve ser resolvida aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

4. Na espécie, as autoridades estaduais encontram-se empenhadas na apuração dos fatos que resultaram na morte da missionária norte-americana Dorothy Stang, com o objetivo de punir os responsáveis, refletindo a intenção de o Estado do Pará dar resposta eficiente à violação do maior e mais importante dos direitos humanos, o que afasta a necessidade de deslocamento da compe-

Três correntes procuram identificar a natureza jurídica dos direitos humanos<sup>29</sup>. A *teoria jusnaturalista*, segundo a qual os direitos humanos são fruto de uma ordem superior universal, imutável e inderrogável, não sendo criação dos legisladores e, portanto, não podem desaparecer da consciência dos homens; a *teoria positivista*, pela qual é a previsão normativa quem garante a existência dos direitos humanos fundamentais; e, a *teoria moralista ou de Perelman*, fruto da própria experiência e consciência moral de um determinado povo, que acaba por configurar o denominado *espiritus razonables*. Porém, elas não são mutuamente excludentes, podendo haver comunicação recíproca<sup>30</sup>.

Os direitos humanos não deixam de ser direitos fundamentais. São marcados esses muito mais pela sua concretude, pela sua inclusão normativa que permitem exigir-lhes efetividade. No nosso modo de ver, hoje, o direito brasileiro comporta uma distinção clara entre *direitos humanos*, previstos no Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, sem prejuízo de outros “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (§ 2º., art. 5º. da CF), e *direitos fundamentais*, estes englobadores dos direitos humanos e que comportam ainda todos os demais direitos que sejam essencialmente ligados à *democracia*, à *informação* e ao *pluralismo político*, os chamados direitos fundamentais de quarta geração. Assim, *direitos humanos estão contidos nos direitos fundamentais*, sem, contudo, esgotar a abrangência desses. Isso porque pessoas não-humanas, como as jurídicas, têm direito à proteção do ordenamento, como o manejo, inclusive, de

---

tência originária para a Justiça Federal, de forma subsidiária, sob pena, inclusive, de dificultar o andamento do processo criminal e atrasar o seu desfecho, utilizando-se o instrumento criado pela aludida norma em desfavor de seu fim, que é combater a impunidade dos crimes praticados com grave violação de direitos humanos.

5. O deslocamento de competência – em que a existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos é pressuposto de admissibilidade do pedido – deve atender ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), compreendido na demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal. No caso, não há a cumulatividade de tais requisitos, a justificar que se acolha o incidente.

6. Pedido indeferido, sem prejuízo do disposto no art. 1º, inc. III, da Lei nº 10.446, de 8/5/2002” (STJ, 3ª. Seção, IDC 2005.0029378-4, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 10.10.2005, p. 217).

<sup>29</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, p. 15-16.

<sup>30</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, p. 16.

garantias fundamentais como o mandado de segurança, o habeas data etc..

Ao optarmos por tal viés, enveredamos pela preponderância da teoria positivista dos direitos humanos. Não negando a importância das teorias *positivista e moralista ou de Perelman*, elas têm, a nosso ver, conteúdo por demais fluido e incerto, a depender da subjetividade coletiva de determinado povo ou coletividade.

#### 4. ARREMATE

Os direitos humanos não deixam de ser direitos fundamentais. Estes são marcados muito mais pela sua concretude, pela sua inclusão normativa que permitem exigir-lhes efetividade.

O direito brasileiro comporta uma distinção clara entre *direitos humanos e direitos fundamentais*, estes englobadores daqueles e que comportam ainda todos os demais direitos que sejam essencialmente ligados à *democracia, à informação e ao pluralismo político* – os chamados direitos fundamentais de quarta geração.

Assim, *direitos humanos estão contidos nos direitos fundamentais*, sem, contudo, esgotar a abrangência desses. Isso porque pessoas não-humanas, como as jurídicas, têm direito à proteção do ordenamento.

#### BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução para o castelhano por Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. Vol. 1, 6ª. ed., São Paulo: RT, 1997.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: RT, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A dimensão processual dos direitos fundamentais e da constituição**. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 137, p. 13-21, jan./mar. 1998.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: AEF, 1998. Tradução da 20. edição alemã.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4ª. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. 8ª. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira**. In: ANNONI, Danielle (org.). *Os novos conceitos do direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*. Brasília: América Jurídica, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

# CONSÓRCIO PÚBLICO: AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO PARA PLEITEAR EM NOME PRÓPRIO DIREITO DOS ENTES CONSORCIADOS

*Gabriel José Queiroz Neto*

Juiz Federal Substituto.  
Pós Graduado pela Escola Superior do Ministério Público do  
Distrito Federal e Territórios.  
Ex-Promotor de Justiça MP do Distrito Federal e Territórios

**RESUMO:** Examina-se a possibilidade de o consórcio público, constituído nos termos da Lei 11.107/05, demandar em nome próprio direito alheio, dos entes federados consorciados, especialmente em matéria tributária e financeira. Conclui-se pela ausência de dita legitimação, tendo em vista a falta de autorização normativa e as finalidades específicas dos consórcios públicos.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Consórcios públicos: dimensão constitucional, legal e regulamentar. 3. Legitimação extraordinária: compreensão. 4. A legitimação das associações na Constituição de 1988. 5. A legitimação dos consórcios públicos. 6. Conclusão.

**Palavras-chave:** Consórcio Público. Lei 11.107/05. Ausência. Legitimação extraordinária. Direito dos entes Consorciados.

## 1. INTRODUÇÃO

Passados três anos desde a promulgação da Lei 11.107/05, que dispôs sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, o Judiciário começa a receber as primeiras ações propostas pelas respectivas pessoas jurídicas constituídas nos termos do art. 1º, da referida Lei, segundo a qual

“O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado”.

Ocorre que tais demandas nem sempre têm por objeto direito relativo e específico dos próprios consórcios, enquanto pessoas jurídicas distintas dos entes federativos consorciados. Percebe-se que, utilizando o mesmo raciocínio referente às associações civis privadas, tais consórcios vêm a juízo pleitear, em nome próprio, direitos dos entes federativos consorciados, direitos estes sem qualquer ligação específica com a finalidade para a qual o consórcio foi instituído.

Em Pernambuco, por exemplo, um determinado consórcio público constituído por diversos Municípios ajuizou várias ações contra a União, a fim de discutir questões tributárias (contribuição social patronal) e financeiras (repasses do Fundo de Participação dos Municípios).

A questão que se coloca é a seguinte: o ordenamento jurídico vigente autoriza tal postura? Tem-se aí legitimação extraordinária chancelada nos termos do art. 6º, do CPC?

O presente texto, após analisar a legislação vigente, bem como a compreensão e os limites da legitimação extraordinária, buscará responder a tais indagações.

## **2. CONSÓRCIOS PÚBLICOS: DIMENSÃO CONSTITUCIONAL, LEGAL E REGULAMENTAR**

O tema da cooperação entre os diversos entes da Federação no campo da formação de consórcios públicos tem sede na própria Constituição da República, que, no seu art. 241, com redação conferida pela EC 19/98, isto dispõe:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A fim de concretizar o comando advindo desse dispositivo constitucional, editou-se a Lei 11.107/05, que, como já dito, dispõe sobre “normas gerais

para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum” (art. 1º). A idéia era estabelecer um padrão unificado, apto a viabilizar a junção de esforços entre os entes estatais no campo da efetivação de serviços e políticas públicas comuns.

Já, aqui, é de se fazer um aparte para expressar que não se desconhece posicionamentos doutrinários no sentido de apontar eventuais inconstitucionalidades na referida Lei. Cita-se, por exemplo, o entendimento daqueles que defendem que o art. 241, da CF/88, não autorizaria uma lei nacional sobre o assunto, mas, sim, a edição de leis diversas disciplinadoras do assunto no âmbito de cada Ente da Federação. Ocorre que tais controvérsias não serão aqui examinadas, pois o objeto do artigo é apenas o enfoque processual. Parte-se, pois, do pressuposto de plena legitimidade/constitucionalidade da Lei 11.107/05.

Voltando ao tema propriamente dito, a referida Lei, em seu art. 1º, previu que o consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado, distinta das pessoas jurídicas dos entes consorciados<sup>1</sup>. Estabeleceu-se, ainda, que os objetivos dos consórcios públicos seriam determinados pelos respectivos entes constituintes, desde que observados os limites constitucionais (art. 2º).

De acordo com o § 1º, do mesmo art. 2º, o consórcio, para a consecução dos seus fins, “poderá firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo” (I); “nos termos do contrato de consórcio de direito público, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público” (II); “ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação” (III). E mais, o § 2º, do mesmo dispositivo, estabelece que os consórcios, inclusive, poderão exercer atividades de cobrança e arrecadação de tarifas e preços públicos.

De outra parte, o art. 6º dispõe que consórcio público adquirirá

<sup>1</sup> É de se registrar o posicionamento daqueles que distinguem o consórcio público em si, que seria o próprio acordo de vontades (reunião entre os entes), com a pessoa jurídica criada. Nesse sentido, a pessoa jurídica criada seria posterior ao acordo de vontades. Não obstante isso, ao longo do texto, adotar-se-á a idéia de que ambas as figuras representariam a mesma coisa, como tem ocorrido na prática.

personalidade jurídica de direito público, no caso de associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções previamente firmado pelos entes da Federação (art. 3º). No caso de personalidade jurídica de direito privado, mediante os requisitos estabelecidos na lei civil (art. 6º, II). Além disso, o § 1º, expressamente prevê que o consórcio com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação. Tais normas são complementadas pelo art. 15, cujo texto remete a organização e o funcionamento dos consórcios à disciplina da legislação que rege as associações civis, naquilo que não contrariar a própria Lei 11.107/05.

Em nível regulamentar, tem-se o Decreto n. 6.017/2007, que foi editado com base no art. 20 (que estabeleceu a necessidade de regulamentação via ato do Poder Executivo da União), da Lei 11.107/05. Além de tecer maior detalhamento a respeito da gestão, do regime contábil e financeiro, dos contratos de rateio (contrato por meio do qual os consorciados se comprometem a fornecer recursos financeiros à realização das despesas do consórcio público), da retirada e exclusão dos entes consorciados, do contrato de programa (instrumento pelo qual devem ser constituídas e reguladas as obrigações entre os entes e entre eles e o próprio consórcio, no âmbito da prestação de serviços públicos), da vigência e extinção dos consórcios, dentre outros temas, fez uma explicitação sobre os possíveis objetivos a serem estabelecidos, a saber:

Art. 3º. Observados os limites constitucionais e legais, os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes que se consorciarem, admitindo-se, entre outros, os seguintes:

I - a gestão associada de serviços públicos;

II - a prestação de serviços, inclusive de assistência técnica, a execução de obras e o fornecimento de bens à administração direta ou indireta dos entes consorciados;

III - o compartilhamento ou o uso em comum de instrumentos e equipamentos, inclusive de gestão, de manutenção, de informática, de pessoal técnico e de procedimentos de licitação e de admissão de pessoal;

IV - a produção de informações ou de estudos técnicos;

V - a instituição e o funcionamento de escolas de governo ou de estabelecimentos congêneres;

VI - a promoção do uso racional dos recursos naturais e a proteção

do meio-ambiente;

VII - o exercício de funções no sistema de gerenciamento de recursos hídricos que lhe tenham sido delegadas ou autorizadas;

VIII - o apoio e o fomento do intercâmbio de experiências e de informações entre os entes consorciados;

IX - a gestão e a proteção de patrimônio urbanístico, paisagístico ou turístico comum;

X - o planejamento, a gestão e a administração dos serviços e recursos da previdência social dos servidores de qualquer dos entes da Federação que integram o consórcio, vedado que os recursos arrecadados em um ente federativo sejam utilizados no pagamento de benefícios de segurados de outro ente, de forma a atender o disposto no art. 1º, inciso V, da Lei nº 9.717, de 1998;

XI - o fornecimento de assistência técnica, extensão, treinamento, pesquisa e desenvolvimento urbano, rural e agrário;

XII - as ações e políticas de desenvolvimento urbano, sócio-econômico local e regional; e

XIII - o exercício de competências pertencentes aos entes da Federação nos termos de autorização ou delegação.

§ 1º. Os consórcios públicos poderão ter um ou mais objetivos e os entes consorciados poderão se consorciar em relação a todos ou apenas a parcela deles.

Resumindo tudo o que foi posto até aqui, constata-se que o consórcio público, seja qual for a forma de sua constituição (pessoa jurídica de direito público ou privado), tem personalidade jurídica própria e finalidades específicas, embora possam ser múltiplas. Além disso, como dito na própria Lei 11.107/05 e no Decreto 6.017/07, o consórcio deve sempre estar adstrito às diretrizes estabelecidas no corpo constitucional (art. 241), no sentido de que suas finalidades são vinculadas à gestão associada de serviços públicos, bem como à transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. Para tanto, a Lei 11.107/05 conferiu uma ampla gama de poderes aos consórcios, a fim de que possam desempenhar com autonomia os seus objetivos estatutários.

### **3. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA: COMPREENSÃO**

Como se sabe, a regra geral vigente no ordenamento jurídico-processual é a coincidência entre o titular de um direito e o legitimado a demandar. Ou

seja, a parte, na relação processual, coincide com o titular da relação jurídica de direito material. É o que a doutrina denomina de legitimação ordinária.

Não obstante isso, o próprio CPC excepciona a regra, ao prever que “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, **salvo quando autorizado por lei**” (grifo nosso). É aqui que entra o tema da legitimação extraordinária. Tem-se essa figura, quando não houver correspondência entre o titular do direito material e aquele que está em juízo a fazer o pleito. Na legitimação extraordinária, possibilita-se que alguém conduza um processo que versa sobre direito do qual não seja titular. Evidenciam-se duas figuras: a) substituto processual; e, b) substituído processual. Sobre a Substituição Processual<sup>2</sup>, tem-se a seguinte lição:

Substituto processual é parte. Em algumas situações, tidas por extraordinárias no sistema, a lei permite que uma pessoa particularmente ligada a certos interesses de outra venha a juízo em nome próprio para a defesa desses interesses (e o juízo dessa proximidade jurídica compete ao legislador, não ao juiz). Ordinariamente a legitimidade ativa para a causa (legitimidade ordinária) pertence apenas ao sujeito que seja titular da pretensão deduzida (CPC, art. 6º), mas o Código de Processo Civil abre caminho para essas legitimações extraordinárias, em hipóteses específicas. O sujeito legitimado extraordinariamente para defender em juízo interesse alheio em nome próprio é substituto processual. Tanto quanto o representante, ele defende direito de outrem – mas a diferença está em que o faz em nome próprio, figurando na demanda como parte (autor) e não em nome de outrem.<sup>3</sup>

No ordenamento, vários são os exemplos de legitimação extraordinária. As administradoras de consórcio são substitutas processuais dos grupos de consorciados, na forma da Lei 8.177/91. O Ministério Público, quando

---

<sup>2</sup> Para os fins do presente artigo, não se distinguem, como faz parte da doutrina, as figuras da substituição processual (espécie) e da legitimação extraordinária (gênero): a substituição ocorre quando o legitimado extraordinário atua em nome próprio, na defesa de interesse alheio, sem a atuação conjunta do legitimado ordinário, ou seja, a substituição ficaria adstrita àquelas situações em que alguém estaria em juízo no lugar do legitimado extraordinário. Essa é a posição de CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 125.

<sup>3</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 116 p.

ajuíza ação de investigação de paternidade, nos termos da Lei 8.560/92, bem como na defesa de infantes e adolescentes (art. 201, da Lei 8.069/90), o faz nessa condição de substituto processual. No campo das ações coletivas, tem-se a legitimação disposta no art. 5º, da Lei 7.346/85<sup>4</sup>.

Mesmo em nível constitucional, há previsões do instituto, a exemplo do art. 5º, inc. LXX, “b” (mandado de segurança coletivo), e art. 8º, inc. III (legitimação dos sindicatos), que, após intenso debate jurisprudencial e doutrinário, foi tido como caso de substituição processual pelo Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup>, como é notório.

Sintetizando, destacam-se as seguintes características da legitimação extraordinária: a) não coincidência entre as partes de direito material e processual; b) direito de ação a quem não é titular do direito material; c) o legitimado extraordinário atua em nome próprio, embora não seja titular do direito material; e, d) depende de previsão legal ou constitucional para que seja admitida.

#### 4. LEGITIMAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Tendo em conta os fins do presente trabalho, adentra-se, mais detalhadamente, no campo específico da legitimação das entidades associativas, a teor do art. 5º, incs. XXI (legitimação para ações em geral que não o mandado de segurança coletivo) e LXX, “b”, da CF.

Se, em relação à legitimidade para o mandado de segurança coletivo, nos termos do inc. LXX, “b”, não há maiores controvérsias quanto a sua natureza extraordinária, até mesmo por força das Súmulas/STF n. 629 (“A impetração de mandado de segurança por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”) e 630 (“A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”), situação diversa é a do inc. XXI.

<sup>4</sup> Não se desconhece a divergência doutrinária acerca da legitimação coletiva. Para uns, trata-se de legitimação extraordinária. Para outros, de legitimação ordinária. E, enfim, há os que defendem tratar-se de legitimação autônoma para a condução do processo. Aqui, parte-se da premissa de que há legitimação extraordinária toda vez que não houver coincidência entre o legitimado a demandar e o titular da relação jurídica material. Neste último sentido, confira-se: DIDIER JR., Fredie. **Curso de Processual Civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM. p. 185-186.

<sup>5</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Recurso Extraordinário nº 210.029-RS. Relator: Carlos Velloso. Decisão unânime. Brasília, 12.06.06. DJ de 17.08.07, p. 900.

O problema todo ocorre porque a própria Constituição da República diz que as entidades associativas têm legitimidade para “representar”, o que demonstraria não haver substituição processual, mas, sim, representação. Além disso, ao contrário do que ocorre com a hipótese do inc. LXX, “b”, no caso de outras ações (que não o mandado de segurança coletivo), existiria necessidade de autorização expressa dos associados, a evidenciar, ainda mais, a tese da representação processual. Em vista disso, parte da doutrina e da jurisprudência se inclina no sentido de ver, no caso, hipótese de representação processual.

Entretanto, em posição contrária, há quem defenda ser essa uma hipótese de legitimação extraordinária, pois:

Embora o texto utilize a expressão “representar”, não se trata de representação em sentido próprio, mas de legitimação extraordinária, pois a associação atuará em juízo no seu próprio nome, embora em defesa de direitos e interesses dos filiados. Fosse o caso de representação, bastaria a outorga de procuração pelos filiados, sem necessidade de especial disposição de lei.<sup>6</sup>

Concorda-se, neste texto, com o entendimento daqueles que enxergam, no caso, hipótese de substituição processual. Parte-se do pressuposto de que o art. 5º, incs. XXI e LXX, “b”, e art. 8º, III, todos da CF/88, formam um bloco de dispositivos sobre o assunto a merecer interpretação conjunta. Embora este seja um tema que mereça abordagem específica em outra oportunidade, a fim de evitar alongamento desnecessário, considera-se pertinente registrar, em resumo, o motivo pelo qual se sustenta essa tese.

Em primeiro lugar, não se vê muito sentido em se admitir alteração da natureza jurídica do instituto apenas por conta do rito processual escolhido pelo ente associativo. Para exemplificar, basta imaginar que um mesmo tema seja impugnável por um ente associativo, tanto na via mandamental coletiva quanto na via ordinária. Ocorre que a associação optou por uma ação ordinária, porque aí seria cabível a condenação em atrasados, o que não seria cabível em MS (Enunciado n. 269 da Súmula do STF). Nesse contexto, qual o sentido em se considerar substituição processual em sede

<sup>6</sup> SILVA, Edson Ferreira da. **Da legitimação Extraordinária, inclusive na Constituição Federal de 1988**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 689, ano 82, p. 65-74, mar. 93.

de mandado de segurança e representação processual em ação ordinária? Ora, são duas situações idênticas sob o ponto de vista da parte processual. E mais: supõe-se que a associação resolva ajuizar ação mandamental só para buscar uma obrigação de fazer, sem requerer atrasados; mas, paralelo a isso, ajuíza ação ordinária só para cobrar os atrasados. Será que faz sentido distinguir a posição do ente associativo em ditos feitos? Segundo se pensa, a resposta é não.

Depois, tem-se a seguinte reflexão: e se o sindicato, nos termos do art. 8º, III, da CF, for constituído sob a forma de associação (o que não é incomum)? Neste caso, se terá uma substituição processual, conforme pacificou o Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, será que faz sentido, só pela mera qualificação de associação sindical, considerar substituição processual (art. 8º, III) em um caso e mera representação (art. 5º, XXI) em outra? Para o aspecto processual, com o devido respeito àqueles que pensam de forma diversa, não faz sentido apartar as duas hipóteses.

Outros argumentos ainda poderiam ser levantados, entretanto, aqui, não seria a sede própria a abordagem mais detida, a fim de evitar maior alongamento e desvio em relação ao tema principal aqui discutido.

Superadas as ressalvas acima, cumpre trazer que, de qualquer sorte, seja substituição ou representação processual, fazendo uma análise dos referidos dispositivos constitucionais (incs. XXI e LXX, da CF/88), percebe-se que, em havendo situação em que se vislumbre interesse dos associados, a possibilidade de atuação dos entes associativos é ampla. Com essa última afirmação, quer-se dizer que a associação, desde que haja interesse classista, poderá agir sem maiores limitações, pois os objetivos de tais associações classistas são vinculados à defesa genérica dos interesses afetos à classe.

A situação acima exposta não é o que ocorre com o consórcio público, pois este não é pessoa jurídica constituída com o fim de tratar de interesses genéricos dos entes federativos consorciados, ou seja, não é uma entidade de classe propriamente dita. Tais consórcios, como já anotado, devem ter finalidades vinculadas à lista do art. 241, da CF, ou seja, à gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. Se assim ocorre, o consórcio não está autorizado a tratar de outros interesses dos entes consorciados, senão aqueles vinculados estritamente às respectivas finalidades.

Em suma: a) embora haja discussão a respeito da natureza jurídica do instituto previsto no art. 5º inc. XXI da CF/88, quer seja substituição processual ou representação, as associações comuns estão legitimadas a defender interesses gerais da classe, ou seja, não há interesse específico previamente determinado; b) o art. 5º, inc. LXX, “b” da CF, é tido como hipótese de substituição processual, sem maiores problemas, o que não muda o sentido de que apenas se deve observar a necessidade de que o acionamento seja relativo a interesse dos membros e filiados; c) embora constituído sob a forma de associação, o consórcio público não é uma entidade classe, nos moldes das associações comuns, pois suas finalidades são específicas.

## 5 LEGITIMAÇÃO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Completando o que exposto nos últimos parágrafos, devido às diferenças de finalidades entre as associações comuns e os consórcios públicos constituídos sob forma de associação, não se imagina a aplicação integral da regulamentação das associações comuns aos consórcios.

Em primeiro lugar, o próprio art. 15, da Lei 11.107/05, corrobora com tal afirmativa, ao prever que a legislação das associações civis só será aplicada naquilo que não contrariar a própria Lei 11.107/05 (aplicação supletiva). Aqui, se pode completar a previsão legal, para fins de registrar, ainda, que a normatização aplicável às associações comuns só será aplicável ao consórcio público naquilo que não contrariar, ainda, a Constituição da República, principalmente na parte que versa sobre as finalidades dos consórcios públicos (art. 241).

Depois disso, deve-se ponderar que, ao contrário do que ocorre com as associações em geral, cujos objetivos estatutários são mais amplos, conforme já explicitado, os consórcios públicos, embora com possibilidade de objetivos múltiplos, são destinados a fins institucionais específicos, voltados, em linhas gerais, à prestação conjunta de políticas e serviços públicos, à execução de obras e atividades administrativas comuns, bem como à utilização conjunta de pessoal, tecnologia e infra-estrutura.

Enfim, para concluir o raciocínio nessa parte, também parece ser evidente que o simples transporte dos comandos dispostos nos incs. XXI e LXX do art. 5º da CF ao campo dos consórcios não seria cabível. É que, devido à época em que foram editados, tais dispositivos só tinham a perspectiva

de apenas abranger as associações comuns; não se pensava nessa nova possibilidade de os consórcios públicos serem constituídos sob a forma de associações. Em virtude dessa ponderação, a aplicação de tais dispositivos constitucionais só seria cabível via uma interpretação sistêmica do texto do constitucional, o que não se evidenciou, tendo em vista os estreitos limites do art. 241, da CF.

Dentro de todo esse contexto, constata-se que o consórcio público, como pessoa jurídica distinta dos entes consorciados, deverá estar em juízo na defesa de interesse que diga respeito a tema afeto a seus objetivos específicos. Nessa situação, estará em juízo para a defesa de interesse próprio, hipótese em que haverá legitimação ordinária.

Por outro lado, como a Lei n. 11.107/05 não previu a possibilidade de o consórcio público constituído nos seus termos agir em nome próprio na defesa de interesse (sem qualquer vinculação com os objetivos do consórcio) do ente consorciado, uma eventual legitimação extraordinária deveria ser extraída da análise de todo o sistema constitucional vigente.

Aqui é de se fazer um aparte para expressar que até mesmo uma eventual previsão legal autorizando a legitimação extraordinária seria questionável do ponto de vista constitucional. É que, se o art. 241, da CF, estabeleceu quais as finalidades específicas para os consórcios, seria duvidoso admitir uma ampliação legal para que eles estejam em juízo, em nome próprio, defendendo interesse alheio, dos entes consorciados, sem qualquer ligação com as suas finalidades, como ocorre com os temas de obrigação tributária em geral e de repasse de fundo de participação de municípios.

De qualquer maneira, voltando ao tema e fazendo uma análise da legitimação das associações (sob o enfoque legal e constitucional), especialmente do art. 5º, incs. XXI e LXX, da CF/88, não há como transportar essa aplicação normativa ao consórcio público, como se este fosse uma associação comum, haja vista que os seus objetivos estatutários são específicos e voltados aos temas dispostos no art. 241, da Constituição. Logo, a sistemática da legitimação extraordinária disposta em sede constitucional em favor das entidades de classe não é aplicável ao consórcio público.

## 6. CONCLUSÃO

Após uma análise do trato constitucional, legal e regulamentar, sobre os consórcios públicos, constata-se não haver espaço para se sustentar a

existência de uma legitimação extraordinária em favor de ditos consórcios, no sentido de autorizá-los a acionar o Judiciário em nome próprio na defesa de interesses alheios dos entes consorciados, sem qualquer vinculação com as finalidades específicas para as quais foram constituídos. Por isso, os consórcios públicos não têm legitimidade para demandas acerca de temas tributários (a exemplo de contribuições patronais) e financeiros (como questões de repasse de fundo de participação de municípios), que dizem respeito apenas aos entes consorciados.

## REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública – Comentários por Artigo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Processual Civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES, Marcos Pinto Correia. **Os consórcios públicos na Lei n. 11.107/05**. Jus Navegandi, Teresina, ano 9, n. 752, jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7062>>. Acesso em: 21 de jul. 2008.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil – A legitimação ordinária do autor popular**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 618, ano 76, p. 34-47.

SILVA, Edson Ferreira da. **Da legitimação Extraordinária, inclusive na Constituição Federal de 1988**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 689, ano 82, p. 65-74, mar. 93.

# ESTRUTURA, FUNCIONAMENTO E EVOLUÇÃO DO FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS - FDDD

*Humberto João Carneiro Filho*

Advogado.

Bacharel em Direito (Universidade Católica de Pernambuco)

Pós-Graduado em Direito e Processo Matrimonial Canônico (Universidade Católica de Pernambuco)

**RESUMO:** O presente artigo objetiva analisar - utilizando-se como referencial teórico a tutela administrativa e judicial dos interesses difusos, particularmente considerando os paradigmas tutelares trazidos pela Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) - a estrutura, funcionamento e evolução do fundo de reconstituição dos bens e interesses difusos violados (Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos – FDDD), através da revisão da escassa literatura jurídica especificamente debruçada sobre o FDDD e em confrontação com a realidade apresentada nos Relatórios anuais do Conselho Gestor do Fundo (2007 e 2008), através dos quais se visualizam inúmeras aplicações do Fundo, decorrentes da imposição de multas administrativas ou de condenações judiciais.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Previsão do tema: A Lei da Ação Civil Pública. 2. Natureza jurídica e origens do Fundo dos Direitos Difusos. 3. Recursos do FDDD: alterações legislativas. 4. Administração e destinação dos recursos do FDDD. 5. Análise da estrutura e evolução do FDDD nos últimos anos (2007 e 2008). Conclusões. Referências

## INTRODUÇÃO

O presente artigo debruça-se sobre o chamado Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, um meio de tutela dos direitos difusos e coletivos criado pela importante Lei de Ação Civil Pública, com a finalidade de administrar as

multas e indenizações oriundas do poder de polícia da Administração Pública e das condenações proferidas em sentenças definitivas de processos judiciais versando sobre as questões ambiental, consumerista, da infância e juventude, educação, saúde, tutela do idoso, pessoas portadoras de necessidades especiais, trabalhista, comunidades indígenas, ações afirmativas, etc.

Os valores que compõem o mencionado fundo servem à mitigação das consequências decorrente dos principais problemas que afetam os direitos difusos, sobremaneira acerca do meio ambiente, consumo e infração à ordem econômica, haja vista a atual dinâmica mercadológica.

De fato, a nova configuração das relações comerciais, trazida, sobretudo, com o fenômeno da globalização gerou uma série de circunstâncias especiais que merecem os olhares atentos do Direito, sobretudo no âmbito judicial, mas não olvidando, inclusive, a seara administrativa, a qual incumbe a tutela preventiva.

Nesse sentido, tomando-se, *verbi gratia*, os consumidores, enquanto uma categoria de sujeitos de direito coletivo ou mesmo difuso, são facilmente passíveis de terem seus direitos vilipendiados, como acontece, não raro, no denominado no *e-commerce*, o comércio eletrônico, no qual, frequentemente, se noticiam verdadeiros golpes contra uma infinidade de consumidores confiantes numa segurança negocial na rede mundial de computadores. Daí a necessidade da criação de um direito especificamente voltado a classes de sujeito de direitos objetivamente hipossuficientes, como o exemplo dos consumidores, prevendo-se, também, uma série de eficazes meios de proteção ou reparação de danos, como é o caso do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, cuja estrutura, funcionamento e evolução, nos últimos anos merecem atenção.

Diante da extrema importância do aludido instituto, notadamente pelo fato de que os recursos arrecadados devem ser aplicados na melhoria da própria Administração e da qualidade do serviço público (por exemplo, a aquisição de equipamentos de tecnologia hospitalar, ambulâncias, viaturas policiais, equipamentos educacionais, etc.) ou mesmo nas Instituições atuantes de forma delegada pelo Poder Público, é de ser analisada a composição, estrutura, fiscalização e aplicação do FDDD na realidade brasileira, partindo-se da consulta de dados nacionais e regionais.

O Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDDD) foi criado pela Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública - LACP), em seu artigo 13, com o

objetivo de acolher os valores em dinheiro oriundos de condenação em vista à reparação pelos danos causados ao meio ambiente, consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos, diferenciando-se de fundos semelhantes como o Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente e o Fundo Naval, por exemplo<sup>1</sup>.

## 1. PREVISÃO DO TEMA: A LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

A Lei da Ação Civil Pública, por tratar de uma ação judicial peculiar, distinta dos institutos processuais de caráter individual, como bem pondera Paulo Eduardo Alves da Silva<sup>2</sup>, preocupou-se inclusive com a forma como as sentenças condenatórias proferidas em sede de ação civil pública viriam a ser executadas. No processo individual, o titular do direito reconhecido na sentença exige daquele contra quem há na decisão judicial o comando obrigacional o cumprimento do determinado. Nas ações de natureza coletiva o interesse é coletivo, todavia, podendo ser ou não divisível. Nessas hipóteses, surgem questões relevantes acerca da execução da sentença, cuja tentativa de solução apresentou a LACP (quanto aos direitos difusos e coletivos), com a previsão do FDDD e o Código de Defesa do Consumidor (anos mais tarde, em 1990, acerca dos interesses individuais homogêneos), ampliando as hipóteses de destinação de quantias ao Fundo.

Quando o bem jurídico coletivo tutelado na ACP for de **natureza indivisível**, como o caso dos direitos difusos e/ou coletivos<sup>3</sup>, torna-se praticamente impossível exatificar o montante a que faz jus cada titular do direito especificamente. Para tanto, previu a Lei de Ação Civil Pública a

---

<sup>1</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 433.

<sup>2</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Comentários ao art. 13 da Lei de Ação Civil Pública. In: COSTA, Susana Henriques da. **Comentários à lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular**. São Paulo: Quartier Latin, p. 491

<sup>3</sup> O Código de Defesa do Consumidor diferenciou os direitos “difusos” dos “coletivos”, em seu art. 81, incs. I e II, considerando a indeterminabilidade dos titulares do bem jurídico presente na primeira espécie de direito e ausente na segunda, posto que, nos casos de direitos coletivos (art. 81, II, do CDC) os titulares são determinados ou pela relação jurídica base que os une ou pelo vínculo que as liga à parte adversa.

chamada execução coletiva, destinando-se o monte indenizatório ao citado fundo de reconstituição do bem lesado.

Em situações em que a ação civil pública verse sobre interesses individuais homogêneos – nomenclatura utilizada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), em seu art. 81, inc. III, para designar aqueles direitos decorrentes de origem comum –, em ação coletiva semelhante à *class action* do sistema estadunidense, o CDC, que trouxe significativas alterações para a LACP, em seus arts. 97 a 100, destaca ser possível a liquidação e a execução individuais da sentença, dada a **natureza divisível** de tais direitos. Em que pese esta previsão, há de se reconhecer que, muitas vezes, se torna difícil a repartição do *quantum* entre os muitos lesados que não compareceram aos autos do processo e não se fizeram representar para receber as parcelas que lhes são devidas, dentre outras hipóteses. Cuida-se de um problema de ordem prática, na execução da sentença condenatória em ações coletivas baseadas em interesses individuais, cuja tentativa de solução foi trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, através da destinação do montante residual ao fundo de reconstituição do bem lesado (*in casu*, o FDDD, segundo o art. 100, do CDC).

## 2. NATUREZA JURÍDICA E ORIGENS DO FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS.

O fundo de recuperação do interesse coletivo lesado, criado pela Lei da Ação Civil Pública, e inicialmente por ela incipientemente “regulado”, pelo que se vê, é um instrumento prático de realização da liquidação das sentenças condenatórias proferidas tanto nas ações coletivas em o interesse é indivisível como naquelas em que, sendo divisível o interesse, alguns titulares não se habilitem à execução de sua parcela.

Previsto no art. 13, da LACP, foi inspirado no sistema de proteção a interesses coletivos dos EUA, como a *fluid recovery* (reparação fluida), devendo, por essa razão “ser usado com certa flexibilidade, para uma reconstituição que não precisa e às vezes nem mesmo pode ser exatamente a reparação do mesmo bem lesado”<sup>4</sup>. Todavia, é de se anotar

---

<sup>4</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 432.

que acerca dessa corriqueira comparação do fundo reconstitutivo com a *fluid recovery* há uma semelhança e não necessariamente uma igualdade, dado que o instituto estadunidense trata de uma substituição da “indenização direta das pessoas lesadas por uma ato ilícito por uma forma indireta de satisfação dos interesses do grupo”<sup>5</sup>, enquanto que os casos de ações coletivas em que se tutela direitos individuais homogêneos (análoga à *class action for damages* em que há a previsão da *fluid recovery*), somente em não havendo a habilitação dos interessados em número compatível com a gravidade do dano, no prazo de um ano após o trânsito em julgado da sentença coletiva é os legitimados legais poderão promover a liquidação e execução coletiva, devendo o produto da indenização reverter-se para o FDDD (art. 100, do CDC), não sendo determinado, de imediato, como ocorre na *fluid recovery*, a reparação indireta dos danos ao grupo.

Nesse sentido, são salutares as considerações de Ada Pellegrini Grinover, em comentário ao art. 100, do Código de Defesa do Consumidor:

A colocação desse tipo de ações coletivas no Código do Consumidor é diversa da que ocorre com as *class actions* norte-americanas, em que o juiz desde logo quantifica a indenização pelos danos causados: no sistema criado pelo Código, o bem jurídico objeto de tutela ainda é indivisível e a condenação é genérica, limitando-se a fixar a responsabilidade do réu e a condená-lo a reparar danos causados. Estes serão apurados e quantificados em liquidação de sentença, movida por cada uma das vítimas para a posterior execução e recebimento da importância correspondente à sua reparação. A condenação faz-s, portanto, pelos danos causados, mas em termos ilíquidos, e o pagamento a cada credor corresponderá exatamente aos danos sofridos.<sup>6</sup>

A partir da leitura do art. 13 da LACP, combinado com o art. 100, do CDC, é de se inferir que o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos possui, quanto às receitas oriundas de condenações em dinheiro oriundas de ações

<sup>5</sup> GIDI, A. 2007. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 473.

<sup>6</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al. Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 893.

civis públicas em que se tutela interesses individuais homogêneos, uma natureza residual, não se tolerando o pedido direto de recolhimento do *quantum* indenizatório ao Fundo, como salienta Ada Grinover<sup>7</sup>.

Em complementação explicativa acerca desta primeira fonte de recursos do FDDD, salienta Mazzilli que:

Embora o fundo do art. 13 da Lei n. 7.347/85 tenha surgido para recolher o valor das condenações em dinheiro proferidas nas ações civis públicas de que cuida essa lei, foi natural que depois acabasse também recebendo o valor das multas mocinatórias, impostas com base no sistema da LACP, desde que tivessem sido estabelecidas em decorrência de lesão e interesses transindividuais indivisíveis.<sup>8</sup>

### 3. RECURSOS DO FDDD: ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS.

Além dos recursos advindos dos montantes indenizatórios em Ação Civil Pública, foram estabelecidas outras fontes de composição do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos<sup>9</sup>, através dos Decretos nºs 407/91 e 1.306/1994, que trouxeram, sobretudo o último, dentre outras disposições, normas quanto ao Conselho Federal Gestor do FDDD. No art. 2º do Dec. 1.306/94 (que revogou o Decreto 407/1991), estão elencados como fontes de recursos do FDDD os produtos das arrecadações:

a) das multas e indenizações decorrentes da aplicação da Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989 (pessoas portadoras de deficiência), desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais;

b) dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único e do produto da indenização

<sup>7</sup> *Idem, ibidem*. p. 894.

<sup>8</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 434.

<sup>9</sup> O fundo federal a que se refere o art. 13, da LACP, visto que, no mesmo artigo há previsão de fundos estaduais.

prevista no art. 100, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor);

c) as condenações judiciais de que trata o § 2º do art. 2º da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989;

d) das multas referidas no art. 84 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;

e) dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo;

f) de outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo;

g) de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras.

Pelo que se nota, sobretudo em face dos Decretos nº 92.302/1986 e 407/91, que o Decreto nº 1.306/94 ampliou significativamente as fontes de recursos do FDDD, não mais sendo composto exclusivamente de valores oriundos das condenações judiciais e multas aplicadas com base na Lei nº 7.347/85, mas, também, por outros mananciais de arrecadação, entre os quais as multas administrativas aplicadas pelo CADE, com base na Lei nº 8.884/94, e que, diga-se de passagem, há muitos anos, ocupam o primeiro lugar em quantidade de arrecadação para composição do FDDD.

O Fundo de Defesa dos Direitos Difusos possui uma função social de extrema relevância, dada as suas finalidades, as quais, gradativamente (desde a edição da LACP), vêm tomando uma dimensão mais ampla. De fato, quando da edição da Lei nº 7.347/85, estabeleceu-se que o FDDD possuiria uma função reconstitutiva dos bens lesados<sup>10</sup>, entretanto, como assinala Mazzilli<sup>11</sup>:

Gradativamente, por força de alterações legislativas, sua destinação

---

<sup>10</sup> É fato que muitos bens jurídicos coletivos, uma vez lesados, não podem mais ser “reconstituídos”, daí que a terminologia empregada pela legislação parece-nos não ser a mais acertada. Todavia, optamos, neste relatório por citar o termo empregado na legislação, quando não utilizamos outros correlatos como “reparação” e “recuperação”.

<sup>11</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 436.

veio sendo ampliada: pode hoje ser usado para recuperação de bens, promoção de eventos educativos e científicos, edição de material informativo relacionado com a lesão, bem como modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução da política relacionada com a defesa do interesse envolvido.

A destinação do produto arrecadado na execução em ação civil pública ou coletiva dependerá da origem da condenação que o gerou e da natureza do interesse transindividual lesado:

- a) Na lesão a interesses indivisíveis (interesses difusos ou coletivos, aqui considerados em se sentido estrito), o produto arrecadado irá para o fundo de que cuida o art. 13 da LACP, e seu destino será decidido pelo respectivo conselho gestor, para aplicação flexível na defesa de interesses equivalentes àqueles lesados (ambientais, do consumidor, etc.);
- b) Na lesão a interesses divisíveis (interesses individuais homogêneos), os lesados são determináveis e identificáveis, e o produto arrecadado será repartido entre aqueles que acorram para receber a parte que lhes toque;
- c) Na lesão ao patrimônio público, em sentido estrito, o lesado é a Fazenda, e a indenização obtida em ação civil pública será destinada a recompor o patrimônio estatal.

Paulo Eduardo Alves da Silva<sup>12</sup> sustenta que há uma certa prioridade de aplicação dos recursos do FDDD em benefício da reparação específica do dano causado ou atividades tematicamente relacionadas à natureza do dano causado ou infração cometida, funcionando esta prioridade como uma bússola para o Conselho Gestor, sem ter, entretanto, o condão de retirar a discricionariedade do Administrador. A prioridade, para o mencionado autor, é estabelecida pelo próprio Decreto Presidencial 1.306/94, o qual dispõe em seus arts. 6º e 7º, *in verbis*:

Art. 6º Compete ao CFDD:

I - zelar pela aplicação dos recursos na consecução dos objetivos previstos nas Leis nºs 7.347, de 1985, 7.853, de 1989, 7.913, de 1989, 8.078, de 1990 e 8.884, de 1994, no âmbito do

---

<sup>12</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Comentários ao art. 13 da Lei de Ação Civil Pública. *In*: COSTA, Susana Henriques da. **Comentários à lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular**. São Paulo: Quartier Latin, p. 494.

disposto no art. 1º deste Decreto;

II - aprovar convênios e contratos, a serem firmados pela Secretaria-Executiva do Conselho, objetivando atender ao disposto no inciso I deste artigo;

III - examinar e aprovar projetos de reconstituição de bens lesados, inclusive os de caráter científico e de pesquisa;

IV - promover, por meio de órgãos da administração pública e de entidades civis interessadas, eventos educativos ou científicos;

V - fazer editar, inclusive em colaboração com órgãos oficiais, material informativo sobre as matérias mencionadas no art. 1º deste Decreto;

VI - promover atividades e eventos que contribuam para a difusão da cultura, da proteção ao meio ambiente, do consumidor, da livre concorrência, do patrimônio histórico, artístico, estético, turístico, paisagístico e de outros interesses difusos e coletivos;

VII - examinar e aprovar os projetos de modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas a que se refere o art. 1º deste Decreto;

VIII - elaborar o seu regimento interno.

**Art. 7º Os recursos arrecadados serão distribuídos para a efetivação das medidas dispostas no artigo anterior e suas aplicações deverão estar relacionadas com a natureza da infração ou de dano causado.**

Parágrafo único. Os recursos serão prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível.

#### **4. ADMINISTRAÇÃO E DESTINAÇÃO DOS RECURSOS DO FDDD.**

De fato, a ordem de competência do CFDD, prevista no Decreto 1.306/94, foi adotada na definição das prioritárias políticas públicas a serem implementadas pelo fundo sob análise através da Resolução nº 07/1999 do Conselho Gestor do FDDD, a qual definiu que os recursos serão aplicados na recuperação dos bens lesados e, caso haja impossibilidade de tal

destinação, reverter-se-ão à promoção de eventos educativos ou científicos e edição de material informativo. Não ocorrendo viabilidade de adotar tais opções, os recursos deverão ser destinados à modernização dos órgãos administrativos vinculados às áreas em que ocorreu a lesão.

Os recursos do FDDD são administrados pelo seu já mencionado Conselho que é composto por um colegiado de representantes oriundos de diversos Ministérios, órgãos federais e entidades civis, inclusive do Ministério Público, dado questionável diante da vedação constitucional atribuída aos membros do *parquet* (Art. 128, CF 1988). Anualmente o CFDD recebe uma série de cartas-propostas, daqueles legitimados a pleitear recursos do Fundo, quais sejam: instituições governamentais da Administração Direta ou Indireta, nas diferentes esferas de governo, Federal, Estadual e Municipal e as organizações não-governamentais, brasileiras, sem fins lucrativos, que tenham nos seus estatutos, objetivos relacionados à atuação no campo do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e por infração à ordem econômica.

As propostas devem buscar, necessariamente, a recuperação de bens, a promoção de eventos educativos, científicos ou a edição de material informativo, especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como a modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas, relativas às áreas do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e por infração à ordem econômica.

Uma vez selecionada a carta-proposta, habilitam-se os interessados proponentes ao encaminhamento de projetos para serem financiados com verbas do Fundo. Tais projetos, para fins de análise, são divididos em três grandes grupos de estudo de viabilidade: Meio Ambiente, Consumidor e Outros (que englobam, inclusive os alusivos à proteção do patrimônio histórico e artístico), de acordo com a ordem do §1º, do art. 1º, da Lei nº 9.008/95.

Após uma série de procedimentos administrativos no âmbito do CFDD, com a apresentação de documentação necessária à instrução do processo, a análise da compatibilidade entre o objetivo do projeto, a metodologia a ser adotada e o orçamento do fundo, conseqüente deliberação do projeto –

realizada por Conselheiros do CFDD –, passa-se à assinatura do convênio cujo extrato é publicado no Diário Oficial da União, em atendimento ao princípio da publicidade dos atos administrativos, é que há o repasse dos recursos à entidade proponente.

Uma vez concluído o projeto, necessária é a prestação de contas por parte da entidade beneficiada perante a Secretaria Executiva do CFDD, a qual, uma vez aprovada, resta arquivada e posta à disposição da Controladoria Geral da União e do Tribunal de Contas da União, que exercem o controle interno das contas públicas do FDDD.

A relevância jurídica e social que o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos contém justifica e exige uma apreciação de sua estrutura administrativa, seu funcionamento, possíveis falhas e mecanismos de controle, além de suas inúmeras aplicações.

## **5. ANÁLISE DA ESTRUTURA E EVOLUÇÃO DO FDDD NOS ÚLTIMOS ANOS (2007 E 2008).**

O Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, cuja estrutura organizacional é vinculada ao Ministério da Justiça, através de seu Conselho Gestor divulga anualmente relatórios de atividades a si relacionadas, além de quadros orçamentários e financeiros, para fins de atendimento ao princípio constitucional da publicidade, o qual se lastreia numa ideia de transparência do trato do bem público.

Segundo informações constantes no Relatório do exercício de 2008<sup>13</sup> (Tabela I) a arrecadação do FDDD mais que duplicou do ano de 2007 para o ano de 2009, indo de encontro à curva de ascensão do recolhimento observada nos últimos 13 anos. Senão vejamos:

### **TABELA I**

---

<sup>13</sup> CONSELHO FEDERAL GESTOR DO FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS. Relatório de Gestão de 2008. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B82A5276F-0700-483F-9D9A-5A66FD6DCAAC%7D&ServiceInstUID=%7B59D015FA-30D3-48EE-B124-02A314CB7999%7D>. Acesso em: 10/08/2009.

**Arrecadação Anual do Fundo**  
(em reais)

ANO	VALOR (R\$)
1996	12.020
1997	58.560
1998	1.388.267
1999	2.109.130
2000	5.378.195
2001	9.089.929
2002	4.852.867
2003	3.656.386
2004	5.215.806
2005	4.534.793
2006	11.682.120
2007	30.038.221
2008	73.139.111
<b>TOTAL</b>	<b>151.335.405</b>

Pela análise da presente tabela demonstrativa do histórico de arrecadação do FDDD, nota-se que o montante que ingressou no ano de 2008 corresponde quase à totalidade da soma dos valores recolhidos entre 1996 e 2007 (R\$ 781.962.94,00), o que demonstra, além de uma arrecadação histórica no ano de 2008, uma tendência de incremento dos recursos ingressos fundo a qual vem se observando desde 2006, já que entre o ano 2000 e 2004 perceberam-se crescentes quedas, de 2001 a 2003 e de 2004 para 2005.

Dos R\$ 73.139.111,42 (setenta e três milhões cento e trinta e nove mil cento e onze reais e quarenta e dois centavos), R\$ 72.758.068,56 (setenta e dois milhões setecentos e cinquenta e oito mil sessenta e oito reais e cinquenta e seis centavos) correspondem à arrecadação de recursos previstos na Lei nº 9.008/95. A título de valores devolvidos de saldos de

convênios constam R\$ 380.809,19 (trezentos e oitenta mil oitocentos e nove reais e dezenove centavos e R\$ 233,67 (duzentos e trinta e três reais e sessenta e sete centavos) como “Outros Depósitos”.

A arrecadação das receitas do Fundo sofreu a seguinte evolução nos últimos anos, senão vejamos:

TABELA II

EVOLUÇÃO DA ARRECADAÇÃO DA RECEITA DO FDD  
NOS ANOS DE 2006, 2007 e 2008

VALORES ARRECADADOS						
MESES	2006		2007		2008	
	MENSAL	ACUMULADO	MENSAL	ACUMULADO	MENSAL	ACUMULADO
JAN	820.014,12	820.014,12	367.237,34	367.237,34	23.884.030,80	23.884.030,80
FEV	3.149.970,43	3.969.984,55	25.432,50	392.669,84	2.922.679,34	26.806.710,14
MAR	304.142,49	4.274.127,04	975.109,31	1.367.779,15	2.270.459,67	29.077.169,81
ABR	11.788,12	4.285.915,16	661.222,05	2.029.001,20	2.176.796,51	31.253.966,32
MAI	323.826,85	4.609.742,01	6.890.127,19	8.919.128,39	5.721.291,93	36.975.258,25
JUN	394.831,28	5.004.573,29	12.955.157,15	21.874.285,54	2.204.547,94	39.179.806,19
JUL	281.617,95	5.286.191,24	1.107.706,18	22.981.991,72	868.615,15	40.048.421,34
AGO	303.334,54	5.589.525,78	666.486,50	23.648.478,22	27.326.010,10	67.374.431,44
SET	546.761,00	6.136.286,78	350.361,90	23.998.840,12	1.030.457,20	68.404.888,64
OUT	89.103,75	6.225.390,53	618.220,43	24.617.060,55	1.934.078,16	70.338.966,80
NOV	225.811,80	6.451.202,33	460.438,25	25.077.498,80	2.266.631,06	72.605.597,86
DEZ	5.230.918,54	11.682.120,87	4.960.721,95	30.038.220,75	533.513,56	73.139.111,42
<b>TOTAL</b>	<b>11.682.120,87</b>	<b>-</b>	<b>30.038.220,75</b>	<b>-</b>	<b>73.139.111,42</b>	<b>-</b>

Fonte: Secretaria Executiva do CFDD

Nota-se, inclusive, não ser possível afirmar haver um incremento de reversão de valores para o Fundo em determinados meses do ano (sazonalidade). No ano de 2006, por exemplo, o pico arrecadatório se verificou no último trimestre do ano, enquanto no ano de 2007 o pico foi evidenciado no segundo trimestre do ano e no exercício 2008 tal zênite se apresentou logo nos primeiros três meses.

A partir de julho de 2008, o Fundo já contava com mais de R\$ 39 milhões de reais (valor superior ao total arrecadado no ano anterior). A utilização desse montante é realizada por meio de disposição orçamentária, somente podendo ser utilizada, naquele ano, o *quantum* aprovado pelo órgão competente após apresentação da proposta orçamentária apresentada pelo Conselho Gestor. Para o ano de 2008 foi aprovado em orçamento a verba de R\$ 6.518.613,00 (seis milhões quinhentos e dezoito mil seiscentos e

treze reais). Do total do limite orçamentário disponibilizado para o FDDD no ano de 2008, foi executado o valor de R\$ 5.902.206,00 (cinco milhões novecentos e dois mil duzentos e seis reais), totalizando 82,44% daquele limite previsto.

A receita do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, nos últimos anos, teve as seguintes participações:

**TABELA III**  
**RECEITA DO FDDD EM 2006, 2007 e 2008**

	2006	2007	2008
Condenações Judiciais – meio ambiente	29.288,36 (0,26%)	840.120,92 (2,80%)	1.788.225,28 (2,46%)
Condenações Judiciais – consumidor	1.111,51 (0,01%)	298.604,61 (1%)	50.074,17 (0,07%)
Condenações Judiciais – qualquer outro interesse difuso e coletivo	366.219,35 (3,22%)	683.975,15 (2,28%)	2.595.334,85 (3,57%)
Multas e indenizações – deficientes	---	---	25.545,88 (0,04%)
Multas – CDC – consumidor	244.194,52 (2,15%)	414.847,10 (1,38%)	3.750.947,00 (5,16%)
Indenizações- CDC – consumidor	---	13.954,85 (0,05%)	---
Infração a ordem Econômica (Lei nº 8.884/94)	10.715,548, 85 (94,18%)	27.693.861,48 (92,42%)	64.114.659,78 (88,12%)
<b>Subtotal – Arrecadação de Receitas de Multas e Condenações</b>	<b>11.356.362,59</b>	<b>29.945.364,11</b>	<b>72.324.786,96</b>
Outras receitas – sorteios de instituições filantrópicas	13.487,20 (0,12%)	385,60 (0,00%)	14.266,60 (0,02%)

Outras receitas – doações	7.859,50 (0,07%)	20.800,00 (0,07%)	419.015,00 (0,58%)
<b>Total das receitas do FDD Referentes à Lei 9.008/95</b>	<b>11.377.709,29</b>	<b>29.966.549,71</b>	<b>72.758.068,56</b>

**Fonte: Relatório de Atividades do Fundo Federal de Direitos Difusos de 2008**

Seguindo a tendência dos últimos anos, as condenações judiciais – cronologicamente, as primeiras fontes do FDDD (previstas na Lei de Ação Civil Pública) – representam de 4% a 6% do total dos recursos do Fundo, não se apresentando significativos incrementos de sua arrecadação de um ano para o outro. A maior das fontes de arrecadação do FDDD são as multas previstas na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, referente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Tais multas são aplicadas em face dos conglomerados econômicos violadores das normas relativas ao direito de concorrência e, não raramente, há divulgação em mídia nacional da imposição dessas penalidades por parte do CADE, em montantes significativos<sup>14</sup>.

As multas por infração à ordem econômica tiveram uma significativa diminuição de participação na arrecadação do Fundo, percentualmente, no ano de 2008, se comparado aos anos de 2006 e 2007, tendo passado de 92,42% da participação no Fundo em 2007 para 88,12%, em 2008. Essa diminuição na participação percentual da composição do Fundo acompanha uma tendência observada nos períodos anteriores, entretanto, não são indicativas de um arrefecimento das quantias recolhidas, muito pelo contrário: a cada ano os valores arrecadados a título de multa por infração à ordem econômica mais que dobram.

Da análise da Tabela III, infere-se que, na verdade, houve o aumento da participação das outras fontes de recursos na composição do FDDD, o que faz com que, percentualmente, as multas por infração à ordem econômica detenham fatias menores a cada ano.

Nos três anos considerados (2006, 2007 e 2008), por exemplo, os recursos

<sup>14</sup> Veja-se, por exemplo, as seguintes notícias: <http://www1.folha.uol.com.br/foha/dinheiro/ult91u361333.shtml> ; acesso em junho de 2009 e <http://info.abril.com.br/noticias/mercado/cade-multa-telefonica-em-r-1-9-milhao-23072009-29.shl>; acesso em junho de 2009

oriundos de condenações judiciais têm aumentado significativamente. Em 2006, as condenações judiciais por violações a “outros direitos difusos”, que não relativos ao meio ambiente ou consumo, reverteram ao Fundo o total de R\$ 366.219,35 (trezentos e sessenta e seis mil duzentos e dezenove reais e trinta e cinco centavos), enquanto que em 2008 esse valor chegou a R\$ 2.595.334,85 (dois milhões quinhentos e noventa e cinco mil trezentos e trinta e quatro reais e oitenta e cinco centavos).

Esse incremento arrecadatário se deve, particularmente, à atuação cada vez mais eficaz do Ministério Público o qual, através de ações civis públicas, obtém a tutela reconstitutiva de interesses difusos e coletivos lesados, não podendo se esquecer, também, que o rigor do Poder Judiciário na aplicação de multas cada vez mais severas – ante a pujança econômica dos agentes violadores de direitos e interesses difusos – também é um dado a ser considerado como razão de incremento da arrecadação de valores decorrentes de condenações judiciais.

Cumprido destacar, inclusive, que, no ano de 2008, volta à participação efetiva na composição do Fundo os valores de multas e indenizações decorrentes da aplicação da Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989 (pessoas portadoras de deficiência). Nos anos de 2006 e 2007, ausente foi a participação desta específica fonte recursal, todavia, em 2008, o valor de R\$ 25.545,88 (vinte e cinco mil quinhentos e quarenta e cinco reais e oitenta e oito centavos) participou como 0,04% (zero vírgula zero quatro por cento) do total de arrecadação do fundo.

As doações ao FDDD vêm aumentando nos últimos anos. De R\$ 7.859,50 (sete mil oitocentos e cinquenta e nove reais e cinquenta centavos), em 2006, passaram a R\$ 419.015,00 (quatrocentos e dezenove mil e quinze reais), em 2008, cerca de 54 vezes mais.

TABELA IV

**Projetos encaminhados, apoiados mediante Convênio e desistentes**

<b>Projetos</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>
a) Projetos encaminhados ao CFDD	771	2.285	3.654	1.884
b) Projetos apoiados mediante convênio (ou descentralização de crédito)	31	23	42	37
c) Projetos desistentes	9	6	10	20

Observando a Tabela IV, que trata dos projetos encaminhados, apoiados e desistentes, nos últimos anos, nota-se um dado curioso. É

que, diferentemente da tendência que se observava nos últimos anos de um crescente número de projetos e pedidos de fomentos apresentados ao Conselho Gestor, no ano de 2008, visualizou-se um decréscimo desses encaminhamentos em 49% (quarenta e nove por cento). Ademais, a quantidade de desistências tem aumentado, passando de 10, em 2007, para 20, em 2008.

**TABELA V**  
**Projetos julgados, aprovados, em Diligência e indeferidos**

<b>Projetos</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>
a) Projetos julgados	48	37	45	51
b) Projetos aprovados pelo CFDD	39	31	45	37
c) Projetos em diligência	32	0	56	0
d) Projetos indeferidos	9	7	3	8

Fonte: Secretaria Executiva do CFDD

Nota-se, ainda, da análise da Tabela V, que também ocorreu, do ano de 2007 para o de 2008, uma diminuição da quantidade de projetos aprovados pelo Conselho Gestor (de 45 para 37), em que pese terem sido mais os projetos levados ao julgamento de sua viabilidade na reunião do CFDD (de 45 para 51).

Dos 37 projetos aprovados pelo CFDD em 2008, 05 relacionam-se à área de consumo, 16 ao do meio ambiente e 16 à de bens e direitos de valor artístico, histórico e outros interesses difusos e coletivos, o que demonstra a tendência de tentativa de equilíbrio na distribuição das aprovações, não privilegiando uma área específica, como ocorria antes de 2004, quando os projetos relativos ao direito do consumidor eram a maioria dos aprovados .

No que tange aos sujeitos que obtiveram aprovação dos projetos, compulsando os dados do Relatório de Gestão do CFDD – 2008 , percebe-se que as entidades governamentais e as não-governamentais, em 2008, quase que receberam a mesma quantidade aprovações em projetos. As entidades governamentais obtiveram 19 aprovações (Estados: 04 aprovações, Municípios: 06 aprovações, União: 09 aprovações), enquanto que as entidades não-governamentais obtiveram 18 aprovações.

Curioso notar que, no ano de 2008, nenhum Ministério Público Estadual obteve aprovação de projetos perante o CFDD, fato que sempre

ocorreu. Desconsiderando as possíveis incompatibilidades de alguns projetos porventura apresentados pelos Ministérios Públicos Estaduais e rechaçados pelo CFDD, talvez esse fato tenha ocorrido pela diminuição da apresentação de projetos por parte dos MP's estaduais em face da existência de Fundos Estaduais, com semelhante incumbência do Fundo Federal.

Acerca dos Estados da Federação contemplados pela aprovação de seus projetos perante o CFDD em 2008, além do Distrito Federal, que foi contemplado em 04 projetos no CFDD, três lideram a lista com 04 (quatro) aprovações, quais sejam: Ceará, Pernambuco e São Paulo. Os Estados do Rio de Janeiro e Tocantins aparecem em segundo lugar, com 03 (três) aprovações em 2008. Obtiveram 02 (duas) aprovações entidades dos Estados das Alagoas, Bahia, Goiás, Paraíba e Santa Catarina. Com 01 (uma aprovação), os Estados do Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará e Rio Grande do Sul. Os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Espírito Santo, Paraná, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima e Sergipe não foram contemplados no CFDD.

Tais foram os projetos pernambucanos aprovados ao repasse de quantias do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (ordem por valores repassados):

**TABELA VI**  
**Entidades apoiadas, em Pernambuco, pelo FDDD**  
**(projetos aprovados em 2007 para pleito de recursos em 2008)**

NOME DA ENTIDADE	ESPÉCIE	PROJETO	VALOR REPASSADO
FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS NA AGRICULTURA FAMILIAR DO ESTADO DE PERNAMBUCO - FETRAF	NÃO-GOVERNAMENTAL	“Educação Ambiental para Agricultores Familiares e Técnicos Extensionistas nos Municípios de Barra de Guabiraba, Bonito, Bezerros, Sairé, São Joaquim do Monte e Camocim de São Félix”	R\$ 249.809,00
MUNICÍPIO DE SALGUEIRO - PE	GOVERNAMENTAL	“Encenando a Realidade no Palco da Imaginação”	R\$ 208.015,00
ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DA CIDADANIA E DO CONSUMIDOR - ADECON	NÃO-GOVERNAMENTAL	“Projeto Direito do Consumidor nas Ruas”	R\$ 122.462,00
CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS DA CONSERVAÇÃO INTEGRADA – CECI	NÃO-GOVERNAMENTAL	“Manual de Boas Práticas de Projetos Arquitetônicos de Intervenção no Casario do Sítio Histórico de Olinda”	R\$ 172.850,00

**Fonte: Relatório de Atividades do Fundo Federal de Direitos Difusos de 2008**

Para o ano de 2009, foi aprovada carta-consulta submetida ao Conselho Gestor do FDDD pela Universidade Federal de Pernambuco, para financiamento do projeto de “Preservação da coleção de obras raras e valiosas da Faculdade de Direito do Recife”. Em relação a tal projeto foi firmado o Termo de Convênio nº 04/2009, referente a projetos para “outros direitos difusos e coletivos” que não sejam relacionados a meio ambiente ou consumo.

Em 2009, com o aporte dos recursos do FDDD, foi instalada, no prédio da antiga Reitoria da UFPE e antiga Delegacia do MEC (DEMEC), na Rua do Hospício – Recife/PE, a estrutura necessária à realização dos trabalhos da equipe responsável pelos processos de restauro e preservação das obras raras e valiosas da secular Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife.

Quanto a mecanismos de controle interno, percebeu-se, a partir da análise do relatório de auditoria de gestão realizada pela Controladoria Geral da União<sup>15</sup>, em 2007 (divulgado em 2008), que não foram encontradas irregularidades quanto ao funcionamento do FDDD, tampouco havendo menções a indícios de danos ao erário, numa demonstração da higidez operacional do importante Fundo.

## CONCLUSÕES

A aplicação dos recursos oriundos do FDDD – Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, tem contemplado diretamente áreas fundamentais do desenvolvimento econômico e social em nosso País; contudo, ainda carece o respectivo sistema de maior organização e estrutura nos Estados e, principalmente, divulgação sobre a participação popular na realização de projetos sociais com suporte do aludido instrumento. Observando os dados referentes ao acompanhamento da receita do FDDD, percebe-se nítida majoração; as verbas componentes de tal sistema, além das multas administrativas e decisões transitadas em julgado, são oriundas de transferências e doações diretas ao aludido fundo. O incremento da acessibilidade judicial e a crescente participação da sociedade civil organizada (associações sem fins lucrativos e a própria Defensoria Pública, recentemente legitimada a promover a Ação Civil Pública – vide Lei n.

<sup>15</sup> CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Relatório de auditoria de gestão – Ano 2007**. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/relatorios/RA207956/RA207956.pdf>. Acesso em: 10/08/2009.

7.347/1985, com alterações realizadas pela Lei n. 11. 448/2007) explicam tal processo; registra-se, ainda, a maior dinâmica dos setores administrativos na aplicação de penalidades em defesa dos interesses difusos. Verifica-se, ainda, na esfera administrativa, a relevante participação do CADE, notadamente pela aplicação das multas em processos destinados a apurar infração contra a ordem econômica (concorrência horizontal e vertical, oligopólios, duopólios, monopólios e demais formas de desleal participação no mercado de consumo), respondendo por considerável parcela arrecadatária em todos os anos pesquisados. Destacou-se, ainda, que, da análise comparativa nos diferentes setores de aplicação do FDDD, houve nítido avanço na recomposição do meio ambiente e na defesa da criança e do adolescente e do consumidor. Demandam, ainda, maior visibilidade a esfera do idoso e das pessoas com necessidades especiais.

## REFERÊNCIAS

GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al.* **Código de Defesa do Consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Comentários ao art. 13 da Lei de Ação Civil Pública.** In: COSTA, Susana Henriques da. **Comentários à lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular.** São Paulo: Quartier Latin.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao art. 13 da Lei de Ação Civil Pública.** In: COSTA, Susana Henriques da. **Comentários à lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular.** São Paulo: Quartier Latin

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Relatório de auditoria de gestão – Ano 2007**. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/relatorios/RA207956/RA207956.pdf>. Acesso em: 10 de ago. de 2009.

CONSELHO FEDERAL GESTOR DO FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS. **Relatório de Gestão de 2008**. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B82A5276F-0700-483F-9D9A-5A66FD6DCAAC%7D&ServiceInstUID=%7B59D015FA-30D3-48EE-B124-02A314CB7999%7D>. Acesso em: 10 de ago. de 2009.

## O “ESTADO DA CRISE”

*Luciana de Medeiros Fernandes*

Doutora em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da UFPE  
Assessora de Desembargador Federal do TRF5  
Professora de Graduação e Pós-Graduação em Direito

**RESUMO:** Este artigo objetiva perquirir, no encontro entre os universos jurídico, político e econômico, especialmente considerados os modelos de organização política moderna, sobre o designado “Estado da crise”, que assoma como resposta ao momento crítico da economia, recrudescido em 2008 e que ficou conhecido na origem (norte-americana) pela “bolha imobiliária”.

“[...] As ruas estavam desertas, as casas todas fechadas. Notei uma luz que passava através de uma porta apenas encostada. Entrei. Penetrei num vestíbulo onde tudo era sombrio. Tropecei em algumas coisas e caí. Levantei-me coberto de cinzas e prossegui em direção à luz. [...]”  
(MELVILLE, Herman. **Moby Dick**. Tradução e adaptação de Carlos Heitor Cony. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006. p. 11)

“[...] As crises decidem se uma coisa perdura ou não. O caso paradigmático de crise é a crise de vida, na qual, se levada ao extremo, está se tratando de uma questão de vida ou morte. Em toda crise os envolvidos confrontam-se com a questão hamletiana: ser ou não ser. As crises em geral têm causas objetivas, mas devem também poder ser *vivenciadas* como crises pelos sujeitos ou entidades sociais envolvidas. Elas também sempre afetam a autocompreensão e a autodefinição de agentes, sistemas ou esferas, uma vez que sempre afetam a ‘identidade’, isto

é, uma vida ou situação de vida *como um todo*”.  
 (BRUNKHORST, Hauke. Crise. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom (Eds.). **Dicionário do pensamento social do século XX**. Tradução de Álvaro Cabral e Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 156-157)

## I

A compreensão da estreita vinculação entre direito, economia e Estado é um desafio. Não em termos de seu reconhecimento, porquanto a existência antiga e perene desse liame é inequívoca<sup>1</sup>, mas, em particular, no que toca à forma mutável de sua materialização, mormente quando esse relacionamento é revolido e tornado mais complexo pela globalização,

<sup>1</sup> Registrem-se, no ensejo, as expressões Constituição Econômica, Política Econômica, Economicidade (para além do “modo de ser econômico”) e Direito Econômico, bem explicadas por SOUZA, Washington Peluso Albino. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Do mesmo autor: **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, e, em parceria com CLARK, Giovanni. **Questões polêmicas de direito econômico**. São Paulo; LTr, 2008. Cf. também, dentre outros, abrangendo vários momentos: CHENOT, Bernard. **Organisation économique de l'État**. Paris: Librairie Dalloz, 1951; DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico: globalização e constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 1999; FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1995; GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 4. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 1998; MONCADA, Cabral de. **Direito econômico**. 2.ed.rev.actual. Coimbra: Coimbra, 1988; MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974; NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: RT, 1995; ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economia y Estado: crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 1993; ORTIZ, Gaspar Ariño *et al.* **Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica**. 2. ed. Granada: Comares, 2001; QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1982; ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Econômico**. Coimbra: Almedina, 1995; SAVY, Robert. **Direito público econômico**. Tradução de Rui Afonso. Lisboa: Editorial Notícias, 1984; VENÂNCIO Filho, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968. Em específico, sobre o Direito Administrativo da Economia, v. CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. Finalmente, sobre Economia Política, merecem leitura: ARRARTE, Jesus Prados. **Filosofia de la economía**. Buenos Aires: Editorial Americalee, 1942; e SAMUELSON, Paul. **Introdução à análise econômica**. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. 8.ed. Rio de Janeiro: Agir, 1975 (2v.).

que traz, não sem tormentas (mas, ao revés, com efeitos liquefatores<sup>2</sup>), a transmutação de sujeitos e de relações.

O presente singelo estudo originou-se, exatamente, do interesse em caracterizar esse vínculo, mas, inicialmente, a partir de uma perspectiva preponderantemente histórica, de consideração das várias manifestações de Estado ao longo dos tempos, alternando ciclos interventivos e liberalizantes.

Examinava-se, originariamente, a instalação e a ultrapassagem dos modelos de organização política moderna, segundo a nomenclatura consagrada de Estado Absoluto, Liberal, de Bem-Estar Social (nessa tipologia, inserido, inclusive, o Estado Socialista), Neoliberal, com a chegada ao Estado Subsidiário e à sua configuração, como Estado Administrante Regulador, no qual, em específico, simultaneamente à redução do papel ativo do Estado, enquanto produtor de bens e prestador de serviços, de modo direto, propunha-se o acréscimo da função regulatória do ente estatal, numa tentativa compensatória<sup>3</sup> do absentismo nas áreas de enxugamento, intento que, diga-se de logo, se viu, em certa medida, fracassado ou capengamente realizado.

Tal malogro deve-se a muitos fatores, dentre os quais merecem destaque os seguintes: a) resistência enérgica dos agentes econômicos à regulação não proveniente do próprio mercado, por alegado temor da renovação de forças interventivas maciças do Estado, com pretensão ressurgimento de regimes ditatoriais ou autoritários, ou mesmo sob a justificativa de imposição de lentidão e instabilidade aos processos econômicos; b)

---

<sup>2</sup> Cf. BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Especificamente sobre a globalização dos mercados financeiros, convém destacar a percepção de Juan Carlos Lerda: “A globalização dos mercados financeiros é o protótipo da interação sinérgica entre progresso técnico, políticas de desregulação e modelos de organização corporativa. [...] [...] pode-se dizer que os fluxos financeiros têm adquirido vida própria, cruzando fronteiras em intensos movimentos especulativos de reiteradas idas e vindas diárias, com total independência da base econômica real a que, até pouco, se supunham subordinados. A crescente mobilidade e desmaterialização da moeda – hoje reduzida a pura informação eletrônica transmitida de maneira instantânea e simultânea por redes de computadores, através do espaço cibernético – faz com que as atividades do setor financeiro se tenham transformado em paradigmas da *desterritorialização* das atividades, característica do processo de globalização” (LERDA, Juan Carlos. Globalização da economia e perda de autonomia das autoridades fiscais, bancárias e monetárias. In: BAUMANN, Renato (Org.). **O Brasil e a economia global**. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1996. p. 249-250).

<sup>3</sup> A ponto de se falar que “a intervenção administrativa não é hoje menor do que era antes da liberalização econômica: ela é diferente” (OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007. p. 202).

dificuldades encontradas pelo Estado na propositura e na imposição de normatização suficiente ao trato apropriado da intrincada realidade mercadológica, em particular – mas não apenas – no que diz respeito à internacionalização do capital e à sua volatilidade, em âmbito global (o “capital fictício”), devendo ser salientada, em específico, a ausência de um quadro de pessoal capacitado ao adequado tratamento técnico das questões envolvidas, ao lado da inexistência de uma coerente organização estrutural, sem superposição de competências entre órgãos insulados (múltiplos reguladores sem diálogo), e do problema da sensibilidade da área fronteira entre lei e regulação, com questionamentos sobre a integridade do princípio da legalidade, resvalando à problemática da legitimidade<sup>4</sup>; c) captura dos entes reguladores estatais pelos sujeitos econômicos regulados (captura econômica), assim como captura política<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Sobre a relação entre legalidade e legitimidade, em tese concluída em 1932, merece atenção SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. (Del Rey Internacional, 11).

<sup>5</sup> Uma das análises mais acuradas sobre regulação é a realizada pelo professor Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti. Sublinhe-se que a assunção ao cargo de Professor Titular de Direito Administrativo pelo mencionado mestre decorreu, inclusive, de defesa de tese na área em comento, com conclusões que se mostraram de vanguarda. Cf. CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Agências reguladoras no direito administrativo brasileiro**. 1999. Tese apresentada como requisito de aprovação em concurso público para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Administrativo do Departamento de Direito Público Especializado, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1999 (exemplar gentilmente cedido pelo autor). V. do mesmo autor: A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. **Revista de Direito Administrativo**, n. 219, jan./jul., 2000. p. 253-270; e O moderno direito administrativo: independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. **Anuários dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 10, 2000. p. 113-138. Também importante referir de sua autoria: Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 20, 1997. p. 67-75; e, o mais recente, A “reserva de densificação normativa” da lei para preservação do princípio da legalidade. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Orgs.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009 (no prelo). Além disso, em sua atuação jurisdicional, como magistrado federal, mencionado autor teve a oportunidade de decidir, no mundo concreto, sobre questões próprias à regulação estatal da economia, em particular quanto ao problema da captura, a exemplo de quando se posicionou, em votos vencedores no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, acerca da deturpação verificada na composição do Conselho Consultivo da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações (BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Apelação Cível 342739/PE. Segunda Turma, Recife, Pernambuco, 30 de novembro de 2004. Diário da Justiça de 07.12.2004, p. 509-510. Disponível em: <www.trf5.jus.br >. Acesso em: 10 abr. 2006) e dos desvirtuamentos da conduta da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica na revisão e nos reajustes tarifários praticados no âmbito dos contratos de concessão de serviços públicos de fornecimento de energia elétrica (BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Apelação Cível e Remessa *Ex Officio* 1520/CE, Primeira Turma, Recife, Pernambuco, 12 de março de 2009,

Eis que, nesse íterim da investigação, explodiu a designada crise de 2008. Com ela, instantaneamente – como típico de nossa época globalizada<sup>6</sup> –, houve uma enxurrada de publicações, desde as veiculadas por meios de comunicação de massa, até as de caráter mais técnico, essas, sobretudo, da área econômica, estando, ainda, a maior parte dos juristas a pensar sobre as consequências desse evento, de modo que não se encontram muitos textos jurídicos doutrinários sobre as questões em referência.

Procedeu-se, destarte, nesse momento, a um corte epistemológico, de modo que o objeto do exame pretendido foi pormenorizado.

Pensou-se, então, acerca da necessidade de se tecer algumas considerações sobre o momento crítico da economia e a sua repercussão em relação ao Estado, particularmente o Administrante Regulador, mormente porque, como reiteradamente defendeu, e continua a patrocinar, esta autora<sup>7</sup>, o neoliberalismo nunca se mostrou sustentável e compatível com os preceitos da supremacia do interesse público sobre o privado e da proteção à dignidade humana, ao passo que o Estado – não o totalitário, mas o democrático, social e de direito – sempre se apresentou, como se apresenta, indispensável, na condição de garante, por dever seu, da estabilidade econômica e, especialmente, da promoção da justiça social – o que ora se apregoa, mas ainda de forma manca, em discursos pretensamente inovadores, frente aos fortes ventos de instabilidade e às dificuldades aventadas para o futuro.

Fala-se, inclusive, de um movimento de pós-globalização – como reação à globalização que favorece o grassar dos ideais neoliberais, de exploração dos pobres pelos ricos, e que se realiza pela “financiarização” da economia

---

Diário da Justiça de 04.05.2009, p. 145-212. Disponível em: <www.trf5.jus.br >. Acesso em: 25 mai. 2009). Da doutrina estrangeira, invocam-se, exemplificativamente, duas fontes de pesquisa: STIGLER, George J. **The citizen and the State**: essays on regulation. Chicago: The University of Chicago Press, 1975; e GUÉDON, Marie-José. **Les autorités administrative indépendantes**. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1991. No mais, remete-se à consulta da bibliografia citada pelo professor Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, em seus trabalhos, teóricos e práticos, sobre o tema, prescindindo-se de qualquer outro elenco.

<sup>6</sup> Cf. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 9.ed. Tradução de Roseneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2006. (A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura, 1).

<sup>7</sup> Tanto em sua dissertação de mestrado (FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Soberania e processos de integração**: o novo conceito de soberania em face da globalização (uma abordagem especial quanto às realidades de integração regional). 2.ed.rev.atual. Curitiba: Juruá, 2007), quanto em sua tese de doutorado (FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e terceiro setor**. Curitiba: Juruá, 2009. No prelo).

e na “administração à americana” –, no sentido de que o mundo “não pode depender nem de zonas ditas de livre-comércio, nem de medidas de ajuste do FMI, nem de desregulamentações, nem de privatizações sem limites, nem da redução do papel econômico do Estado, nem de ajustes que supostamente beneficiariam a competitividade planetária [...]”<sup>8</sup>.

Importa consignar que, embora já se ouçam algumas vozes no sentido de que a ventania de 2008 está se dissipando, com isso não se concorda, porquanto, ainda que admitido um conjeturado enfraquecimento da corrente ou que ela representou simplesmente um momento de turbulência (não de ruptura), é certo que ela deixou, para dizer o mínimo, sulcos profundos, que vão exigir um esforço de entendimento e de resposta, seja para fins de enfretamento, seja para adoção de posturas preventivas.

Concebeu-se, pois, este breve estudo, que focaliza a relação entre direito, economia e Estado, com as marcas de contemporaneidade desse vínculo, destacando o papel de regulador do Estado Administrador, numa contextura de debate sobre a sua intervenção na economia, na qual, inclusive, se volta também a falar do Estado agente da atividade econômica<sup>9</sup>. Esses aspectos

<sup>8</sup> AKTOUF, Omar. **Pós-globalização, administração e racionalidade econômica**: a síndrome do avestruz. Tradução de Maria Helena C. V. Trylinski. São Paulo: Atlas, 2004. p. 20. É certo, contudo, que há quem resista, mantendo uma compreensão otimista de globalização e pessimista quanto à figura do Estado, o de tipo mais portentoso: “Os descompassos funcionais do Estado já estavam evidentes na década dos oitenta, quando começaram a ser identificados os primeiros impulsos da globalização e a serem expostas as grandes fragilidades da economia internacional causadas pelos modelos estatizantes, os do bem-estar social e os socialistas. [...] [...] foram as sucessivas crises endêmicas dos Estados de Bem-Estar Social que se mostraram ainda mais incisivas em seus impactos econômicos e sociais./Assim foi na economia, antes de tê-lo sido em outros setores de atuação do Estado moderno em trânsito para o modelo pós-moderno, que se começaram a definir algumas primeiras diretrizes para a retomada do crescimento pela globalização dos mercados, então suportadas na seguintes premissas:/1. a necessidade de remover o entulho *protecionista* acumulado pelo modelo do Estado de bem-estar social;/2. a necessidade de reduzir os *custos de pesquisa e de produção*;/3. a necessidade de os países em desenvolvimento *enfrentarem solidariamente a competição* com grandes países ou blocos de países;/4. a necessidade de *transformar qualitativamente os fluxos de comércio* com o objetivo de priorizar os fatores de produção competitivos em cada país./ [...] /Em suma: a *globalização* também pôs em marcha um conceito novo e expandido de *eficiência política*, em que a *organização de poder*, fosse qual fosse e na dimensão que tivesse, bem como as *funções* a serem desempenhadas, se deveriam adequar *subsidiariamente* às novas demandas, na medida em que, com isso, se iria reduzindo paulatinamente, como resultado da informação, a velha, desconcertante, inexplicável, mas dócil *tolerância cultural com a ineficiência do setor público*” (MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 107-109. Itálicos do original).

<sup>9</sup> Lembrem-se as formas principais de atuação do Estado citadas por Guillermo A. Pose, citando Valsecchi: “a) acción de ordenamiento, mediante la cual se establecen las condiciones jurídicas

são trazidos a partir da investigação sobre a crise econômico-financeira de 2008, geradora da defesa de um “Estado da crise”.

Assim, com o amálgama dessas idéias, visualiza-se a regulação estatal da economia nos tempos críticos – e ela é imaginada nos que se seguirão. Mas se aponta para a necessidade de resgatar o Estado responsável por seu elemento humano, do qual é mero representante, especialmente dos homens em situação de miséria e marginalização, daqueles que nada têm, *id est*, um “Estado de fraternidade”.

## II

De pronto, diga-se que a crise de 2008 não nasceu em tal ano. Suas causas são mais antigas, como, de regra, as de todas as crises, que não aparecem por decorrência de fatos isolados, mas de processos.

É preciso dizer, outrossim, que ela aparece como possibilidade concreta, por exemplo, em obras com mais de dez anos de publicação. Em meados da década de 90 do século passado, Juan Carlos Lerda, *exempli gratia*, acentuava o aumento do “risco sistêmico”, em vista da “extraordinária ampliação das interdependências entre instituições financeiras – nacionais e estrangeiras – possibilitadas pela desregulação e as inovações que acompanham o processo de globalização”. Consignava, como origem desse perigo, uma situação de inadimplência pontual de certa instituição

---

que reglan la actividad de los sujetos económicos. Se cumple esta función dictando las normas jurídicas generales (contenidas tanto en la Constitución como en los códigos de fondo o leyes especiales) y asegurando su vigencia;/b) acción de regulación, que consiste en una serie de actividades y medidas que se adoptan para influir de un modo determinado en el proceso económico. Ya no hay contemplación pasiva del juego de los operadores económicos como en el caso anterior, sino que se influye activamente en el mercado promoviendo o desalentando determinadas acciones con diversos instrumentos, según que se las conceptúe respectivamente orientadas o no hacia el bien común (política monetaria, crediticia, de fomento, de limitaciones, etc);/c) acción de sustitución e integración, en cuya virtud se convierte en protagonista del proceso económico. Estamos frente a la actividad empresarial del Estado, que asume las más variadas características con el rasgo común de participación directa em organizaciones que producen bienes y servicios para el mercado;/d) acción de orientación y coordinación, que se lleva a cabo mediante la formulación de planes que contienen las orientaciones fundamentales sobre la base de determinados valores que deben observar los operadores económicos para el logro del bien material de la Nación. Para el sector público tiene carácter imperativo, siendo meramente indicativo para los particulares en un régimen democrático [...]” (POSE, Guillermo A. **La intervención del Estado en empresas privadas: causas y formas de la intervención; normas comunes para crisis empresarias; regímenes de emergencia; derecho comparado**. Buenos Aires: Depalma, 1985. p. 5-6).

financeira, com contaminação de outras, “em uma reação em cadeia”, ante o hiato quanto à normatização de freio, produzindo default e, na sequência, quebra generalizada. Como contributiva desse quadro já mencionava a existência de “bolhas”, decorrentes da fragilização do sistema financeiro, essa derivada de fatos como:

(a) opacidade dos estados de contas e balanços de suas instituições (o que se explica pelo intenso uso de produtos derivados e outros instrumentos de extrema complexidade técnica para os quais é muito difícil estimar os riscos associados); (b) fragilidade do sistema de pagamentos interbancários – que passou a ser o elo mais débil da cadeia de arranjos institucionais destinados a evitar uma crise sistêmica – como conseqüência do explosivo crescimento no valor dos pagamentos efetuados por meios destes mecanismos, relativamente à média dos recursos líquidos disponíveis por cada participante do sistema (de onde se infere que uma eventual falha de sincronização – por problemas de liquidez de um agente – poderia gerar uma crise sistêmica de proporções); (c) instabilidade nos preços dos ativos financeiros, seja sob a forma de maior volatilidade de curso prazo [...] ou do problema mais sério de preços desalinhados a médio prazo [...] <sup>10</sup>.

Luiz Gonzaga de Mello Belluzo, prefaciando a obra de Charles Morris<sup>11</sup>, historia brevemente essa marcha, tomando por centro a realidade norte-americana. Trata, ao lado de outros elementos, dos “primeiros sinais de desorganização no sistema de regulação de Bretton Woods”, no “crepúsculo dos anos 60”. Menciona o enfraquecimento do dólar, que “flutuava continuamente para baixo”, o que teria gerado uma reação do governo americano no sentido da adoção de medidas de revalorização. Notícia que tais providências teriam, paradoxalmente, debilitado “a indústria manufatureira localizada nos Estados Unidos e, ao mesmo tempo, deu novo vigor à expansão externa da grande empresa americana, além de

---

<sup>10</sup> LERDA, Juan Carlos. Globalização da economia e perda de autonomia das autoridades fiscais, bancárias e monetárias. In: BAUMANN, Renato (Org.). **O Brasil e a economia global**. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1996. p. 250-251.

<sup>11</sup> Cf. BELLUZO, Luiz Gonzaga de Mello. Prefácio. In: MORRIS, Charles R. **O crash de 2008**: dinheiro fácil, apostas arriscadas e o colapso global do crédito. Tradução de Otacílio Nunes. São Paulo: Aracati, 2009. p. 09 *et seq.*

restaurar a centralidade de Wall Street como praça financeira global”, caracterizando um novo momento da globalização financeira, marcado pela desregulamentação financeira. Aponta para a ocorrência de várias “crises parciais”, nos Estados Unidos e no mundo, quais sejam:

1. a crise da dívida de 1982 (ocasionada pela elevação dos juros definida em 1979, na qual “o FMI e o governo Reagan salvaram os credores de maior porte”, deixando “a quebradeira para a periferia imprudente”, embora não tivessem obstado, “em seu próprio quintal, a falência do banco Continental Illinois e de mais 43 bancos americanos”);

2. “nos anos 80, as Savings and Loan, antes circunscritas a colher depósitos de poupança e conceder empréstimos hipotecários, aproveitaram a desregulamentação para curtir amor em terra estranha”, revelando concretamente o que representou o “papel decisivo da desregulamentação do setor no desenvolvimento de práticas fraudulentas que envolviam empréstimos, reais e fictícios, a subsidiárias, com vazamento do dinheiro dos depositantes para a aquisição de jatos particulares, entre outros benefícios pessoais para os administradores das poupanças das famílias”, o que teria ocasionado, em 1988, uma quebradeira que “custou cerca de US\$ 800 bilhões ao contribuinte americano”;

3. o crash da Bolsa de Nova York, em outubro de 1987, mas com impacto reduzido a partir da inoculação de liquidez pelo FED;

4. as dificuldades advindas do emprego do modelo norte-americano pelo Japão, que “entrou na farra da desregulamentação financeira” e “saboreou inicialmente as delícias de uma bolha imobiliária e outra no mercado de ações”, “curtição [que] durou pouco”, pois, “em 1989, os preços dos imóveis e das ações despencaram e deixaram os bancos japoneses encalacrados em créditos irrecuperáveis”;

5. “os mercados castigaram a libra valorizada com um ataque comandado pelo filósofo-especulador George Soros”, produzindo a crise da libra de 1992;

6. “a turma da bufunfa, em 1993, cismou com a serpente monetária européia” e “castigou a lira italiana e a peseta espanhola”;

7. em 1994, uma “nova derrocada do peso mexicano”;

8. a crise asiática, iniciada em 1997;

9. a situação crítica no Brasil e na Rússia, a partir de 1998, “tragados nos redemoinhos da finança desregulada”;

10. a atuação do “maníaco soprador de bolhas”, Alan Greenspan, que

“dá curso à super bolha de ativos, agora sob o patrocínio dos empréstimos hipotecários e da sanha dos consumidores”;

11. a crise argentina de 1999;

12. a crise financeira da primeira década do século XXI, resultante, particularmente, após um período de aparente bonança, de um “descolamento” do crescimento do consumo, em relação à “evolução da renda, particularmente dos salários e do emprego”, com impacto interno, mas também repercutindo mais largamente, em vista da integração dos mercados e das transformações das finanças globais.

De acordo com Emir Sader, também numa análise evolutiva (expressão aqui utilizada sem qualquer sentido valorativo), “a atual crise econômico-financeira internacional tem seu início em meados da década de 1970 e se insere no marco de um longo ciclo recessivo do qual o capitalismo não logrou sair”. O autor acentua que o capitalismo “vive articulado por ciclos, curtos e longos”, que podem apresentar perspectivas expansivas ou recessivas, sendo que o capitalismo vivera seu auge expansivo após a Segunda Grande Guerra Mundial. Ainda de acordo com o estudioso, o longo ciclo expansivo – no âmbito do qual, inclusive, teriam se verificado pequenos ciclos recessivos, que, contudo, não teriam tido força de negativar a economia – fora marcado pela intensa industrialização e desenvolvimento comercial, bem como que “um modelo hegemônico keynesiano, ou de bem-estar, conforme se queira chamá-lo, incentivava os investimentos produtivos, fortalecia a demanda interna de consumo, promovia o fortalecimento e o papel regulador dos Estados nacionais e a proteção de suas economias”. Ocorre que, na leitura de Sader, o consumo não teria acompanhado a produção, gerando um excedente, transformado em capital financeiro. Ao lado disso, ter-se-ia tentado corrigir esse desequilíbrio, representativo da estagnação econômica pela qual foram responsabilizados os controles estatais, mediante políticas de desregulamentação (modelo neoliberal). Assim, consorciando-se capital financeiro, em desfavor do sistema produtivo, e negação de regulação do setor pelo Estado, desembocara-se na atuação especulativa. Diz o autor em comentário: “Para entendermos o caráter da crise atual e seus efeitos para os países latino-americanos é preciso recordar o gigantesco processo de transferência de capitais do setor produtivo para o especulativo que a desregulamentação promoveu em escala nacional e internacional”. E segue: “Livre de travas, o capital migrou maciçamente para o setor financeiro e, em

particular, para o setor especulativo, onde obtém muito mais lucros, com muito maior liquidez e com menos ou nenhuma tributação para circular”. O neoliberalismo inseriu-se, nesse contexto, como modelo de “hegemonia do capital financeiro especulativo”, não se podendo deixar de considerar que:

O capital financeiro passou a ser o sangue que corre pelas economias dos países, definindo o metabolismo que as preside. Um capital que tem na volatilidade, na sua extrema liquidez, um elemento essencial que lhe permite deslocar-se rapidamente para onde pode ter maiores vantagens e, ao mesmo tempo, lhe atribui um grande poder de pressão diante da fragilidade das economias que dependem estruturalmente dele<sup>12</sup>.

Assim, Sader realça que as crises neoliberais foram preponderantemente financeiras, embora tenham, com o passar do tempo, impregnado a economia como um todo, bem como que “as crises neoliberais demandaram [na visão equivocada resistente dos teóricos dominantes] remédios neoliberais”, como abertura econômica, busca de empréstimos na seara internacional (FMI) e ajuste fiscal, nas pegadas do Consenso de Washington. Sobre o Brasil, cita, inclusive, com essa conformação, o momento crítico de 1999, no qual “o governo brasileiro de FHC [...] elevou a taxa de juros a 49% ao ano e assinou a terceira Carta de Intenções com o FMI [...]”<sup>13</sup>.

Destaca, então, o autor, na sequência e devidamente contextualizada (como financeira e com negativa de presença estatal), que a crise atual é, sobretudo, norte-americana (é uma crise do centro do sistema, não de sua periferia, sublinhando-se, inclusive, as recentes exortações para que países tradicionalmente de periferia, como a Índia, passem a compor posições institucionais típicas de centralidade, por suas características regulatórias ante a crise<sup>14</sup>), mas com poder de contaminação ou contágio, maior ou

<sup>12</sup> Esta citação e todas as demais do parágrafo anterior estão em SADER, Emir. Desequilíbrios estruturais do capitalismo atual. **Le Monde Diplomatique Brasil**, n. 14, set., 2008. p. 04-05.

<sup>13</sup> SADER, Emir. Desequilíbrios estruturais do capitalismo atual. **Le Monde Diplomatique Brasil**, n. 14, set., 2008. p. 05.

<sup>14</sup> Tal posição de maior resistência de certos países, como Índia, e também China e, porque não dizer, Brasil, à crise, comparativamente com grandes potências, assim historicamente conhecidas, como os Estados Unidos, tem sido denominada de “descolamento”, em vista da capacidade de promoção por aqueles Estados de certo nível de blindagem em relação aos efeitos adversos decorrentes dos problemas econômicos e financeiros norte-americanos. É de se chamar a atenção para a mudança de panorama. Em 1998, falava-se, quanto aos países em desenvolvimento – em cotejo

menor, a depender da situação, da economia dos outros Estados e da dimensão do seu liame ou do tipo de dependência que tenham com os Estados Unidos.

Charles Morris, a esse respeito, define a crise global como “de fato fabricada nos Estados Unidos, a despeito dos pecados de seus imitadores e companheiros de viagem” e em que pese se tratar dos mesmos Estados Unidos que “tinham pregado o tacanho ‘Consenso de Washington’ [...] na esteira das crises latino-americana e asiática das décadas de 1980 e 1990”:

[...] uma festa regada a dívida, marcada por um excesso de bens de consumo importados e pelo pavoneamento de uma ostentosa nova classe de super-ricos que não inventara nem construíra nada, a não ser complicadas correntes de direitos no papel que pessoas obtusas tomaram por riqueza<sup>15</sup>.

Lançando olhos, pois, à novel crise norte-americana, vê-se que se mostrou, sobretudo, como “a crise do *subprime*”, instalando-se a partir do deformado mercado de hipotecas imobiliárias de categoria *subprime* ou, a dizer, da “bolha habitacional” ou “bolha imobiliária”<sup>16</sup> – no mínimo, pode-

---

com os ditos desenvolvidos – de “vulnerabilidade externa”, como “baixa capacidade de resistência das economias nacionais diante de fatores desestabilizadores ou choques externos”, bem como de “vulnerabilidade unilateral”, “por parte da grande maioria dos países do mundo que têm uma capacidade mínima de repercussão em escala mundial”, pois o “sistema complexo de interdependências [gerado pela globalização] continua significativamente assimétrico” (GONÇALVES, Reinaldo; BAUMANN, Renato; PRADO, Luiz Carlos Delorme; CANUTO, Otaviano. **A nova economia internacional: uma perspectiva brasileira**. 5. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1998. p. 157). Em 2008-2009, vê-se que, na crise, muitos dos aludidos Estados ainda não categorizados em desenvolvidos conseguiram dar uma resposta mais ajustada (pelo menos aparentemente) ao momento, materializada, em particular medida, pela “teimosia” na regulação. Talvez tenha acertado Duroselle, ao sustentar que “todo império perecerá” (DUROSELLE, Jean-Baptiste. **Todo império perecerá: teoria das relações internacionais**. Tradução de Ane Lize Spaltenberg de Sequeira Magalhães. Brasília; São Paulo: UnB; Imprensa Oficial do Estado, 2000). No mínimo, poder-se-ia dizer que há, no horizonte, possibilidades de mudanças. Não se pode deixar de mencionar a figura do BRICs (Brasil, Rússia, Índia e China), integrado por economias emergentes reputadas possíveis determinantes dos rumos da economia.

<sup>15</sup> MORRIS, Charles R. **O crash de 2008: dinheiro fácil, apostas arriscadas e o colapso global do crédito**. Tradução de Otacílio Nunes. São Paulo: Aracati, 2009. p. 31.

<sup>16</sup> Por “bolha”, entenda-se, na terminologia econômica, fenômeno de surgimento e crescimento de variável econômica destituída de arrimo real, tendente, pois, dada a inexistência de suporte verídico, à reversibilidade ao quadro anterior à sua formação. Em SOROS, George. **O novo paradigma para os mercados financeiros: a crise atual e o que ela significa**. Tradução de Lucia Boldrini e

se dizer que essa é a ponta de um *iceberg* chamado “capital fictício”: “sua eclosão explicita a impossibilidade de sustentação *ad infinitum* de uma lógica patrimonial de valorização de ativos, ancorada no crédito bancário, que teve como objeto sucessivas bolhas – ações, bônus, imóveis, *commodities* – e encontrou no mercado imobiliário americano seu ponto máximo”<sup>17</sup>.

Alan Greenspan realça que “as grandes perdas sofridas pelos empréstimos hipotecários *subprime* desencadearam a crise”, mas mesmo que não tivessem sido, tais financiamentos, os culpados, “outros produtos ou mercados financeiros inevitavelmente teriam produzido os mesmos efeitos”, pois “o estopim fora a subprecificação dos riscos em todo mundo”<sup>18</sup>.

Já segundo George Soros, “o início da atual crise financeira pode ser oficialmente fixado em agosto de 2007”, mais especificamente quando a American Home Mortgage, uma das gigantes do ramo de financiamento imobiliário norte-americano, alegando ser “vítima dos problemas que atingiam as financeiras do setor de crédito de hipotecas subprime e seus clientes”, pediu concordata, revelando situação, invocada, praticamente de modo simultâneo, para justificar o congelamento de fundos de investimento de grande porte pelo banco francês BNP Paribas, sem falar na publicação, um mês depois, da situação de insolvência do Northern Rock, banco de crédito imobiliário inglês<sup>19</sup>, fatos que geraram, como primeira resposta, a injeção de recursos pelos governos, através de seus bancos centrais, no sistema bancário, de modo a garantir liquidez, especialmente pela compra de ativos ditos putrefatos. Na seqüência, várias financeiras

---

Paulo Migliacci. Rio de Janeiro: Agir, 2008. p. 10, lê-se: “Existe uma conexão de mão dupla entre percepção e realidade geradora de processos de expansão e contração que inicialmente se auto-alimentam e, depois, se autodestroem; são as bolhas. Toda bolha consiste de uma tendência e de uma concepção equivocada que interagem de modo reflexivo”. Para o referido autor, a crise atual não resultou do rompimento, singelamente, de uma “bolha” no mercado imobiliário dos Estados Unidos, sendo decursiva de “uma superbolha – um processo reflexivo de longo prazo que se desenvolve há mais ou menos 25 anos. Ela consiste de uma tendência dominante, a expansão do crédito, e de uma concepção equivocada dominante, o fundamentalismo de mercado (também conhecido como *laissez-faire* no século XIX), que defende que os mercados devem ser livres”.

<sup>17</sup> CARNEIRO, Ricardo; BIANCARELI, André. Impactos e oportunidades. **Le Monde Diplomatique Brasil**, n. 14, set., 2008. p. 06.

<sup>18</sup> GREENSPAN, Alan. **A era da turbulência**: aventuras em um novo mundo. Capítulo especial: Epílogo sobre a crise americana. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 4.

<sup>19</sup> A infecção segue se propagando.

admitiram problemas equivalentes, fazendo uso das linhas de crédito abertas pelos Estados<sup>20</sup>.

A questão, contudo, de acordo com os olhos dos economistas, é que “a injeção de liquidez pelos bancos centrais não restaura necessariamente a ‘liquidez de mercado’ [...] também não restaura a ‘liquidez de funding’, isto é a disposição de emprestar neste quadro de incerteza [...]”, o que faria ver a necessidade de adoção de outras providências, mais sofisticadas e robustas, como a própria nacionalização de bancos (o que se concretizou em relação ao Northern Rock, nacionalizado pelo governo inglês), “que restaura a confiança, pois agora têm a garantia do tesouro nacional e o retorno do crédito passa a ser uma questão de estado [rectius: Estado]”<sup>21</sup>.

O fenômeno deve ser melhor explicado, o que envolve uma terminologia econômica bastante específica. Contudo, considerando-se os limites deste trabalho (e de sua autora, cuja formação não é em economia) e, sobretudo, que um dos seus intuitos centrais é trazer uma fotografia do Estado Regulador hodierno, a apresentação da situação econômica ora comentada se fará em raciocínios mais simples, em que pese se pretenda que eles possam revelar a situação em seus traços mais relevantes, mormente porque a análise se embasará em doutrina especializada<sup>22</sup>. O que dessa se extrai está lançado nos parágrafos que seguem.

<sup>20</sup> Cf. SOROS, George. **O novo paradigma para os mercados financeiros**: a crise atual e o que ela significa. Tradução de Lucia Boldrini e Paulo Migliacci. Rio de Janeiro: Agir, 2008. p. 12-13. Para o referido autor, “a crise demorou a chegar, mas havia anos era possível prevê-la”. Contudo, reconhece que nem mesmo ele teria conseguido prever a dimensão do problema (cf. p. 19).

<sup>21</sup> NAKANO, Yoshiaki. Cenários da crise: origens e conseqüências. **Conjuntura Econômica**, v. 62, n. 11, nov., 2008. p. 15.

<sup>22</sup> V., especialmente, SOROS, George. **O novo paradigma para os mercados financeiros**: a crise atual e o que ela significa. Tradução de Lucia Boldrini e Paulo Migliacci. Rio de Janeiro: Agir, 2008; KRUGMAN, Paul. **A crise de 2008 e a economia da depressão**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; WOLF, Martin. **A reconstrução do sistema financeiro global**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; GREENSPAN, Alan. **A era da turbulência**: aventuras em um novo mundo. Capítulo especial: Epílogo sobre a crise americana. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008; BACHA, Edmar L.; GOLDFAJN, Ilan (Orgs.). **Como reagir à crise?** Políticas econômicas para o Brasil. Rio de Janeiro: Imago, 2009; MORRIS, Charles R. **O crash de 2008**: dinheiro fácil, apostas arriscadas e o colapso global do crédito. Tradução de Otacílio Nunes. São Paulo: Aracati, 2009; BARBOSA, Fernando de Holanda. A crise financeira de 2007/2008 (?). **Conjuntura Econômica**, v. 62, n. 10, out., 2008. p. 10; CRISE financeira e Copom: o tanque monetário está cheio. **Conjuntura Econômica**, v. 62, n. 11, nov., 2008. p. 06-08; GOODHART, Charles. A crise financeira global. Entrevistado: L. Pinheiro Ronci. **Conjuntura Econômica**, v. 62, n. 11, nov., 2008. p. 10-13; NAKANO, Yoshiaki. Cenários da crise: origens e conseqüências. **Conjuntura Econômica**, v. 62, n. 11, nov., 2008. p. 14-16; POLETTI, Ronaldo Rebelló de Britto. Crise econômica ou cultural?

A política de juros baixos, nos Estados Unidos, gerou crédito barato, e esse resultou, pela confluência de outros fatores, na “bolha imobiliária”. De fato, com juros reduzidos, houve uma grande procura pela contratação de empréstimos, sobretudo os dirigidos à aquisição da casa própria, objetivo individual que, nos Estados Unidos, está associada, especialmente, a um dado cultural. Dever-se-ia, afinal, aproveitar o momento favorável, pois assim era visto pelos consumidores. O *boom* de empréstimos e de construções deixou otimistas as financeiras, que, para estimular ainda mais os interessados, incluindo categorias até então não alcançadas (por não ostentarem um perfil de confiabilidade), simplificaram as exigências, a ponto de concederem empréstimos sem solicitação de qualquer documentação, inclusive de comprovação de renda ou emprego (os chamados “empréstimos Ninja”). Essa simplificação, no entanto, teve o péssimo resultado de integrar nos sistemas de crédito clientes que não tinham a menor condição econômica de adimplemento de suas obrigações contratuais, o que teria sido evidenciado caso mantidos os rigores de contratação das hipotecas. Mas não foi só isso. Além de tornar mais singelos os pressupostos de deferimento de empréstimos de mútuo

---

**Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 09; MARTINS, Ives Gandra da Silva. A crise financeira global e o Estado brasileiro. **Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 20-21; CARVALHO, William Almeida. Enfim, a bolha explodiu... **Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 22-23; PINTO, Almir Pazzianotto. Cataclismo no sistema financeiro mundial. **Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 24-25; TAMER, Sérgio. Torvelinho no mercado financeiro. **Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 26-27; STUBER, Walter Douglas. Reflexos da crise internacional no Brasil. **Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 28-29; FALCÃO, Joaquim. Direito de propriedade e crise financeira. **Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 30-31; SANTIAGO, Luciano Sotero. Por um novo destino nacional. **Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 32-34; FROTA, Mário. A crise financeira internacional e os interesses das famílias. **Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 35; BARAT, Josef. Arquitetura financeira global. **Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 36-38; BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Dominação financeira e sua crise no quadro do capitalismo do conhecimento e do Estado Democrático Social. **Revista Estudos Avançados**, n. 22, v. 64, 2008. p. 195-205. Ademais, embora não seja uma fonte científica, propriamente dita, merece referência, pela atualidade, o conjunto de entrevistas registradas na Revista Exame, com os economistas Jeffrey Sachs, Edward Prescott, Joseph Stiglitz, Raghuram Rajan, Moisés Naim, Robert Mundell, Martin Wolf, Kenneth Rogoff e José Alexandre Scheinkman (**Revista Exame**, edição 942, ano 43, n. 8, 06 mai. 2009). Finalmente, serão referenciados: **Le Monde Diplomatique Brasil**, ano 2, n. 14, set. 2008 (matéria de capa: A crise chega ao Brasil, com artigos de SADER, Emir; CARNEIRO, Ricardo; BIANCARELI, André); e **Le Monde Diplomatique Brasil**, ano 2, n. 22, mai. 2009 (matéria de capa: Saídas para a crise, com artigos de OLIVEIRA, Francisco; DOWBOR, Ladislau; ZACHARIE, Arnaud; CUSTERS, Peter, além de Editorial, sob o título Sinais de instabilidade política, subscrito por BAVA, Silvio Caccia).

habitacional, houve uma ampliação dos mecanismos de negociação com risco e seu espargimento mediante, por exemplo, procedimentos de securitização<sup>23</sup>, pelo qual as instituições emprestadoras diretas negociavam e transferiam as arriscadas hipotecas a outros investidores, que não conheciam ou não sopesavam devidamente a fragilidade dos vínculos originários. A aquisição de imóveis, nessa contextura, passou a ser vista como forma de investimento, não simplesmente de satisfação da necessidade de moradia, o que restou alavancado pelo aumento no valor de mercado das propriedades imobiliárias, em vista da expressiva demanda, gerando a crença de que tal valor continuaria a subir. A especulação estava presente, nesse momento: juros baixos serviriam para seduzir e instigar a efetivação dos empréstimos, mas, sendo eles reajustáveis, havia previsão de aumento das taxas de juros e definição de multas, acompanhando a valorização dos imóveis, ascendência que imporia o refinanciamento contratual, com majoração, e, em decorrência, a obtenção de lucros mais expressivos para os mutuantes, em desfavor de muitos mutuários, que não tinham renda ou não a tinham de modo suficiente para honrar com seus compromissos de pagamento. Garantiu-se, dessa forma, amplo acesso às hipotecas do tipo *subprime* (os chamados créditos de segunda linha, contratados por mutuários de baixa renda ou sem capacidade de pagamento das prestações correspondentes, ou com histórico de inadimplência; diversas, pois, das designadas hipotecas na modalidade *prime*, enquanto empréstimos tomados de mutuários economicamente habilitados a saldar prestações elevadas), e a esse mercado, posteriormente, aderiram os fundos de *hedge*, a dizer, de seguro, mediante cobrança de prêmios sobre as obrigações seguradas. Ocorre que, em determinado momento (de contração, após período de expansão), especialmente quando o preço dos imóveis (ao qual estava atrelado o ganho dos emprestadores) estagnou e começou a decrescer (desvalorizar), a podridão dos negócios (alguns falam em “ativos tóxicos”), no sentido de sua patente insolvabilidade original, ao lado das várias fraudes contábeis constatadas, emergiu e gerou uma inadimplência disseminada e o acúmulo das perdas, com a falência, inclusive, dos fundos que não conseguiam realizar a cobertura dos negócios fracassados. Eis a “bolha imobiliária” de ativos.

<sup>23</sup> Como referência geral, cf. CAMINHA, Uinie. **Securitização**. São Paulo: Saraiva, 2005.

Krugman salienta, sob a denominação geral de “bolhas de Greenspan” – em invocação ao período de Alan Greenspan, como Presidente da Junta de Governadores do *Federal Reserve* dos Estados Unidos, por quase vinte anos –, que a “bolha imobiliária” foi antecedida da “bolha de ações”, representando elas as duas maiores bolhas de ativos de que se tem notícia. A de ações iniciou-se em 1990 com a elevação dos preços desses papéis, maximizada pelo “extremo otimismo sobre o potencial de geração de lucro da tecnologia de informação”, motivo pelo qual ficou conhecida como “bolha pontocom”. Diz o autor que, “por volta de 1998, o óbvio era que quem comprou ações ganhou muito dinheiro, enquanto quem se manteve fora do jogo ficou para trás”, e, assim, o dinheiro ia escoando para o mercado de ações, até que se iniciou um recuo, a partir de 2000, porque, nas palavras do economista citado, não havia mais “otários que entrem com dinheiro”. Com o recuo, iniciou-se a formação da nova “bolha”, a imobiliária. Partindo da premissa de que sempre se soube, como preceito básico, que “os compradores de imóveis não devem contrair financiamentos imobiliários cujas prestações estejam acima de sua capacidade financeira, que devem pagar a entrada, com recursos próprios, bastante alta para que o valor líquido da casa, ou seja, o valor de mercado menos o saldo devedor do financiamento, se mantenha positivo, mesmo em caso de leve queda do mercado imobiliário”, questiona, o autor, o que teria levado ao desprezo dessa compreensão fundamental, desses princípios tradicionais. Assevera que “essa negligência foi induzida pela exuberância irracional das famílias, que se deixaram impressionar pelo aumento contínuo do valor de mercado das casas e resolveram entrar no mercado de qualquer maneira, sem se preocupar com as prestações”. Cita, ainda, “certas mudanças nas práticas de concessão de empréstimos, como dispensa ou redução da entrada e aumento das prestações mensais para valores muito superiores à capacidade de pagamento dos mutuários [faz lembrar a chamada “cláusula gradiente”, que se insere em certos contratos de financiamento imobiliário oficial no Brasil, em que os valores de diferença de prestações, cobradas a menor – redução para atrair interessados nos empréstimos mais acessíveis –, no início da relação contratual, são repassados para as prestações posteriores, como forma de postergação de dívida, não raras vezes sem a exata percepção dessa manipulação pelo mutuário]”. De toda sorte, o economista em questão pensa que o desleixo dos emprestadores se deveu à subida dos preços dos imóveis, bem como ao fato de que estavam repassando os

negócios mais arriscados a outros investidores, via securitização. Assim, a “bolha” cresceu, até que estourou e as “conseqüências foram piores que os mais agourentos presságios”<sup>24</sup>. Há quem diga que é a maior de todas as crises, “que atinge o coração do sistema e que, portanto, deverá representar o fim desta era”<sup>25</sup>.

George Soros nomina alguns prejudicados: o banco de investimentos Kidder Peabody, a DR Horton, maior construtora norte-americana, a New Century Financial, a Accredited Home Lenders Holding, o Bear Sterns, Citigroup, Merrill Lynch, Lehman Brothers, Bank of America, dentre outras grandes gigantes do mercado dos Estados Unidos, que acumularam prejuízos astronômicos.

Instalou-se, então, o caos, e o que se viu foi uma grande correria, para tentar evitar um mal presumidamente ainda maior, que pudesse simplesmente liquidificar o sistema bancário como um todo. Desespero maior apareceu, quando a inoculação de recursos pelo governo não surtiu o efeito que se esperava, de contenção da crise. Foi quando se teve a compreensão de que a situação era bem mais séria e resistente do que se imaginava, e as medidas de salvamento teriam que ser mais arrojadas, mormente porque a crise financeira “se espalha de um setor para o outro”, atingindo a “economia real”<sup>26</sup>.

Stiglitz bem sumaria:

O tumulto global que atingiu os mercados financeiros em meados de 2007 parece confirmar essas preocupações. A economia americana foi sustentada nos últimos seis anos pela dívida – e boa parte dos empréstimos foi para gente que apostou que os preços imobiliários continuariam a subir. Mas de um modo previsível – e foi previsto – o jogo começou a ficar claro: à medida que os preços das casas estagnavam e depois caíam, um número cada vez maior de pessoas deixou de pagar suas hipotecas. Os emprestadores haviam securitizado essas hipotecas podres, colocando-as em pacotes, talvez na esperança de que ninguém

<sup>24</sup> KRUGMAN, Paul. **A crise de 2008 e a economia da depressão**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 145-159.

<sup>25</sup> NAKANO, Yoshiaki. Cenários da crise: origens e conseqüências. **Conjuntura Econômica**, v. 62, n. 11, nov., 2008. p. 15.

<sup>26</sup> SOROS, George. **O novo paradigma para os mercados financeiros**: a crise atual e o que ela significa. Tradução de Lucia Boldrini e Paulo Migliacci. Rio de Janeiro: Agir, 2008. p. 24.

notaria os problemas escondidos. Mas quando a profundidade desses problemas tornou-se clara, a falta de transparência cobrou novamente seu tributo: os mercados de crédito emperraram, pois ninguém sabia com exatidão o quanto da riqueza dos tomadores potenciais estava amarrado a essas hipotecas [...]. (Vale a pena observar o contraste entre o modo como o Federal Reserve tratou a recente crise das hipotecas subprime nos Estados Unidos – sob muitos aplausos –, baixando as taxas de juros, e as políticas de taxas altas que o FMI forçou o Brasil e outros países a adotar durante épocas de crise.) [...]<sup>27</sup>.

No pânico, lembraram do Estado<sup>28</sup>!

### III

Comparados dois dos maiores economistas neoliberais – Hayek, com o seu “Caminho da Servidão”, de 1944, e Friedman, com o seu “Capitalismo e Liberdade”, de 1962 –, com alguns economistas da que ora se denomina pós-modernidade de crise, ver-se-á ponto de contato, mas também grandes dissonâncias de entendimento, no tratamento do intervencionismo estatal na economia.

A área de toque é que, realmente, nenhum deles pretende abolir o Estado. Hayek dizia que “en ningún sistema que pueda ser defendido racionalmente el Estado carecerá de todo quehacer”<sup>29</sup>. Friedman afirmava

---

<sup>27</sup> STIGLITZ, Joseph E. **Globalização**: como dar certo. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 21-22.

<sup>28</sup> Mas há os resistentes: “Também sou cético quanto à idéia de que o aumento da regulamentação dos mercados financeiros poderia melhorar seu desempenho – em especial em relação à proposta de ampliação do mandato do Federal Reserve, para convertê-lo em agência reguladora da estabilidade dos mercados, com ampla autoridade para identificar desequilíbrios e bolhas incipientes. Essa é uma missão impossível. [...] Que ela [a economia mundial autocorretiva] funciona é evidente, conforme se constata pelo alto grau de flagrante estabilidade dos mercados, quase todo o tempo, e pela constante melhoria do padrão de vida médio, de geração para geração, em todo o globo. As exceções são as crises desencadeadas pelas fobias humanas [...]. Os arautos de uma economia organizada e dirigida por uma elite intelectual de planejadores centrais, e não pelos mercados competitivos, fracassaram reiteradas vezes durante o século passado” (GREENSPAN, Alan. **A era da turbulência**: aventuras em um novo mundo. Capítulo especial: Epílogo sobre a crise americana. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 60-62).

<sup>29</sup> HAYEK, Friedrich A. **Camino de servidumbre**. Traducción de José Vergara. 2. reimp. Madrid:

que “the existence of a free market does not of course eliminate the need for government”<sup>30</sup>. Em ambos, a compreensão de que a visão liberal não seria anarquista. O Estado deve ser mínimo, mas deve haver Estado<sup>31</sup>. E é o Estado que ressurgiu, agora maximizado, nas vozes dos economistas analistas da crise de 2008.

As divergências se estabelecem na extensão da participação do Estado na economia.

Hayek, por exemplo, acentuava “o problema das flutuações econômicas e os surtos de desemprego, que merece cuidadosa atenção, mas que não precisa de um planejamento central que substitua o mercado”. Sublinhava que “inflação, instabilidade, déficit público, protecionismo têm uma origem e uma cura comum: retirar dos governos o monopólio da moeda, dando oportunidade de competição ao dinheiro de emissão privada [...]”. Destacava, outrossim, que “os governos deveriam se limitar a fazer cumprir as regras gerais de conduta individual, aplicando-as igualmente para todos. Além disso, seria função do governo oferecer determinados serviços públicos”, o que não poderia significar “que possa dispor de poderes de coerção ou de monopólio”. Lecionava, ademais, que “crises econômicas – e especialmente a de 1929 – não são causadas pelo mercado. Resultam de erros na política monetária”, assim como que planejamento econômico tem pendor totalitário. Acrescentava: “Eu não emprestaria dinheiro aos governos dos países do Terceiro Mundo. Estimularia os capitais privados a investirem nesses países, garantindo-lhes o repatriamento dos capitais investidos e de seus lucros em caso de agitações políticas”<sup>32</sup>. Sobre os pobres, consignava: “No regime de concorrência, as oportunidades ao alcance dos pobres são muito mais limitadas que as acessíveis aos ricos. Mas, ainda assim, em tal regime o pobre tem mais liberdade do que um indivíduo que desfruta de mais conforto material numa sociedade de outro tipo”. Dessarte, mais importante que bem-estar material seria a liberdade

---

Alianza, 2003. p. 70.

<sup>30</sup> FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 15: “*a existência de um mercado livre com certeza não elimina a necessidade do governo*” (tradução livre).

<sup>31</sup> Cf. também NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

<sup>32</sup> Cf. em PRUNES, Cândido Mendes (Org.). **Hayek no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006. p. 35, 202, 247, 253 e 261.

para alcançá-la, com o exercício das capacidades diferenciadas entre os indivíduos<sup>33</sup>.

As mesmas linhas são seguidas, fundamentalmente, por Friedman, de quem se extrai a seguinte passagem: “The Great Depression in the United States, far from being a sign of the inherent instability of the private enterprises system, is a testament to how much harm can be done by mistakes on the part of a few men when they wield vast power over the monetary system of a country”<sup>34</sup>. Já, antes, enfatizava: “What we urgently need, for both economic stability and growth, is a reduction of government intervention not an increase”<sup>35</sup>. Sven Rydenfelt, aplaudido por Friedman, diz que as políticas governamentais “matam os incentivos da produção”, que a “minoridade de empresários” está sendo esmagada por uma “maioria de consumidores e empregados”, a através de medidas estatais que reduzem os lucros e restringem a atuação do empresariado: “Os empresários têm sido colocados em camisas-de-força, cuja fazenda é tecida por centenas de regulamentos estatais, camisas que os têm privado daquele espaço de manobra sem o qual não podem funcionar. E as camisas têm sido continuamente ‘aperfeiçoadas’ com controles cada vez mais apertados”<sup>36</sup>.

Destarte, para os neoliberais, maldita seria a regulação pelo Estado, pois o mercado, espontaneamente, fixaria sua regulação, a dizer: promoveria sua auto-regulação.

E os “economistas da crise de 2008”?

Eles chamam de volta o Estado, com todo o seu vigor, para fazer frente ao desequilíbrio e a instabilidade reinantes, embora, é certo, parte deles

<sup>33</sup> Cf. em PRUNES, Cândido Mendes (Org.). **Hayek no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006. p. 35. Interessante, igualmente, a leitura de HUMBOLDT, Wilhelm von. **The limits of State action**. Indianapolis: Liberty Fund, 1993.

<sup>34</sup> FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 50: “A Grande Depressão nos Estados Unidos, longe de ser um sinal da natural instabilidade do sistema das empresas privadas, é um testamento de quanto prejuízo pode ser feito pelos erros da parte de poucos homens quando eles empunham vasto poder sobre o sistema monetário de um país” (tradução livre).

<sup>35</sup> FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 38: “O que nós precisamos urgentemente, para ambos estabilidade e crescimento econômico, é uma redução da intervenção governamental, não um incremento” (tradução livre).

<sup>36</sup> RYDENFELT, Sven. **Crise nas economias socialistas**. Tradução de Jorge Enéas Fortes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987. p. 179-180.

continue a asseverar que a culpa pelo momento crítico é dos erros políticos e não da atuação livre dos agentes de mercado. Andam, em certo sentido, na “contramão” do neoliberalismo, pelo menos no tocante à admissibilidade, ainda que limitada, do uso dos mecanismos interventivos de atuação do Estado, especialmente na forma de regulação, embora a idéia se mantenha na ênfase da importância do mercado, ao redor do qual tudo deve orbitar, inclusive as políticas públicas estatais, cuja continuidade se tem, não raras vezes, o cuidado de delimitar em função do tempo de recuperação da sanidade do mercado, que, uma vez realizada, ensejaria novo período de afastamento do Estado, embora não como antes, mas com o instrumental dirigido a evitar novas catástrofes. John Maynard Keynes<sup>37</sup> volta a ser citado<sup>38</sup>, mesmo com a observação, em alguns textos, de que sua teoria tem deficiências por não ter sido concebida para atender uma realidade com as especificidades da atual, merecendo releitura de atualização-adequação:

Está-se apelando a Keynes, mas o teórico de Cambridge elaborou uma teoria para uma moeda nacional, com poder regulatório decidido por Estados nacionais, e já não é o caso; e mais, a economia norte-americana sempre teve um baixíssimo coeficiente de exportações/importações sobre o PIB, o que fazia com que a política monetária do FED cobrisse o amplo espectro da circulação e imediata repercussão sobre o setor produtivo, sem escapes pela tangente do setor externo.

Em que consistiriam remédios keynesianos para uma crise global? Em primeiro lugar, para repor as moedas, nacionais ainda e por muito tempo, pois o sistema não é de escambo; tampouco existe um poder que substitua os Estados nacionais e, portanto, suas moedas. Nessa direção estão indo os acordos. Repor também a credibilidade nos títulos, pois jamais o sistema voltará a ser o que nunca foi – isto é, a total equivalência entre produção e circulação. Em que pese nosso desprezo moral pelos especuladores, eles são parte do sistema. Em terceiro lugar, reativar o crédito, sem o qual o sistema não funciona; em quarto e decisivo lugar, voltar ao emprego rápida e maciçamente, pois

---

<sup>37</sup> Cf. KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

<sup>38</sup> Cf. MAGALHÃES, João Paulo de Almeida. **O que fazer depois da crise**: a contribuição do desenvolvimentismo keynesiano. São Paulo: Contexto, 2009.

a liquidez que interessa ao sistema é a de dinheiro no bolso dos trabalhadores e consumidores e no caixa dos investidores reais e não apenas dos especuladores.

Isso para que a equação keynesiana de produto = consumo + investimento volte a funcionar. Fora disso, a alta liquidez apenas no bolso dos investidores financeiros voltará a tentá-los no cassino.

[...]

Há que se reconhecer que o governo brasileiro está na direção certa em matéria de emprego e de não se assustar regredindo a uma política Hooveriana de corte de gastos: o anunciado programa nacional de habitação, se posto realmente em ação, é o melhor remédio anticrise; mas, depressa, que a corda ta apertando no pescoço<sup>39</sup>.

Em verdade, até mesmo o Estado de Bem-Estar Social, com pesada carga tributária, volta a resplandecer, como nos velhos tempos, enaltecido como promotor, inclusive, de prosperidade econômica. Jeffrey Sachs, nessa toada, sublinha que Estados desse tipo têm taxas de emprego mais elevadas, comparativamente com aqueles nos quais vigora o livre mercado. À mesma conclusão chega, quanto ao produto nacional bruto e ao acesso à tecnologia de qualidade, ao lado de pontuar que “o Estado de bem-estar social [...] pode ser um poderoso instrumento para a globalização positiva”, bem como que “os Estados de bem-estar social tendem a superar os outros países em desempenho na maioria dos indicadores econômicos e de governança”<sup>40</sup>.

Paul Krugman, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 2008, em obra intitulada “A crise de 2008 e a economia da depressão”, pergunta, no respeitante à crise asiática: “Por que os governos não foram mais longe para limitar os danos?”<sup>41</sup>. Lembra o “pacto keynesiano” (o acordo entre o capitalismo e seus economistas com o público), a intervenção estatal macroeconômica. Fala em economia imperfeita (porque, afinal, nenhuma

<sup>39</sup> OLIVEIRA, Francisco de. Quo vadis capitalismus? *Le Monde Diplomatique Brasil*, ano 2, n. 22, mai. 2009. p. 04-05.

<sup>40</sup> SACHS, Jeffrey. **A riqueza de todos**: a construção de uma economia sustentável em um planeta superpovoado, poluído e pobre. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008. p. 324-329.

<sup>41</sup> KRUGMAN, Paul. **A crise de 2008 e a economia da depressão**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 103.

é perfeita!). Discorre sobre a quebra daquela combinação adjetivada em Keynes. Exemplificando no Brasil, enfatiza (a extensão da citação que segue se justifica pela importância da constatação, com mudança dos rumos da compreensão econômica), ad litteram et verbum:

O programa para o Brasil [no atinente à recessão de 1999] se caracterizou pelo extremismo inusitado; foi quase uma caricatura das políticas que haviam sido introduzidas na Ásia no ano anterior. Porém, como muitas caricaturas, ela enfatizava os atributos mais marcantes de seu objeto. No âmago das políticas públicas impostas por Washington a muitos dos países em crise encontrava-se inversão quase perfeita do pacto keynesiano: ao enfrentarem crises econômicas os países eram exortados a elevar as taxas de juros, a cortar os gastos públicos e a aumentar os impostos.

Por que, 60 anos depois de Keynes, alguém acharia que era boa idéia romper tão profundamente com o pacto keynesiano? A resposta se situa na percepção da necessidade de conquistar a confiança do mercado a todo custo.

[...]

[...] Quando os mercados constataram que o Brasil era mau risco, também concluíram que o cerne dos problemas brasileiros se situava no grande déficit orçamentário. No entanto, essa avaliação era questionável. O governo brasileiro, efetivamente, não estava assim tão endividado – bem menos, em relação à renda nacional, do que muitos países europeus ou do que o Japão. E boa parte do déficit era efetivamente consequência da crise: as altas taxas de juros haviam empurrado para cima o pagamento de encargos sobre a dívida pública, ao mesmo tempo em que o baixo nível da atividade econômica reduzia a arrecadação tributária. (Em níveis ‘normais’ de emprego e de juros, o déficit orçamentário do Brasil seria até bastante modesto.) Contudo, era inútil argumentar. Os investidores acreditavam que o Brasil sofreria crise desastrosa se não reduzisse com rapidez o déficit, no que sem dúvida estavam certos, pois eles mesmos provocariam a crise (Como realmente o fizeram, em janeiro de 1999).

O importante é que, como os ataques especulativos podem ser autojustificáveis, a adoção de política econômica que faça sentido em termos de fundamentos não é suficiente para garantir a confiança do mercado. De fato a necessidade de conquistar a confiança do mercado pode, na verdade, desviar o país da adoção

de políticas públicas que, do contrário, seriam sensatas, e forçá-lo a seguir políticas públicas que, em condições normais, pareceriam perversas.

[...]

[...] por que a política econômica não se opôs ao processo de realimentação devastador que levou sucessivas economias a derreter, uma depois da outra? A resposta é que os formuladores das políticas acreditavam que precisavam jogar o jogo da confiança, e isso significava seguir políticas macroeconômicas que exacerbavam em vez de desacerbar as quedas na atividade econômica<sup>42</sup>.

Na continuação de sua análise, Krugman reconhece que o FMI errou, pelo menos parcialmente, quando exigiu, diante de período crítico, austeridade fiscal e certas reformas estruturais, por parte de alguns Estados, chegando a afirmar que, em verdade, “ninguém gosta do Fundo Monetário Internacional”. Mas também diz que “não foi culpa de ninguém que as coisas tenham corrido tão mal”<sup>43</sup>.

Em seguida, diz que a crise de 2008 – dirigindo sua análise à economia norte-americana –, “em boa parte, não envolveu problemas com instituições desregulamentadas, que assumiram novos riscos. Ao contrário, girou em torno de riscos assumidos por instituições que, para começar, nunca foram regulamentadas [aponta para um sistema bancário paralelo<sup>44</sup>]”. E continua, no seu discurso pró-intervenção: “Com a expansão do sistema bancário paralelo, a ponto de igualar ou mesmo de ultrapassar em importância o sistema bancário tradicional, políticos e autoridades governamentais devem ter percebido que estávamos restabelecendo a vulnerabilidade financeira que possibilitou a Grande Depressão – ao que deveriam ter reagido com o aumento da regulamentação e com o reforço da rede de segurança financeira, de modo a abranger também as novas instituições”<sup>45</sup>. E, note-se,

---

<sup>42</sup> KRUGMAN, Paul. **A crise de 2008 e a economia da depressão**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 116-118.

<sup>43</sup> KRUGMAN, Paul. **A crise de 2008 e a economia da depressão**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P. 119 e 122.

<sup>44</sup> Convém trazer à baila GORDILLO, Agustín A. **La administración paralela**: el parasistema jurídico-administrativo. 3. reimp. Madrid: Civitas, 2001.

<sup>45</sup> KRUGMAN, Paul. **A crise de 2008 e a economia da depressão**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P. 171.

o economista não isenta o mercado de responsabilidade, ao inferir que “os esforços dos governos dos mercados emergentes para proteger-se contra nova crise se revelaram inúteis ante a negligência do setor privado em relação ao risco”<sup>46</sup>. Ademais, é do autor em questão o comentário de que o mundo precisa de uma operação de socorro ou salvamento e que “a solução óbvia é injetar mais capital” ou, mais especificamente, a injeção de recursos pelo governo, recapitalização com o dinheiro dos contribuintes<sup>47</sup>. Diz mais, que isso não se afigura suficiente, que é indispensável afirmar mais ênfase no controle pelo governo – “com efeito, deverá ser algo mais próximo da plena estatização temporária de parcela significativa do sistema financeiro”, embora advirta que “o sistema financeiro deve ser reprivatizado tão logo seja seguro restabelecer a normalidade”. Mostra-se cômico do que essas afirmações representam, diante da ideologia econômica então dominante, a ponto de conclamar: “Nada seria pior que não fazer o necessário por medo de que salvar o sistema financeiro seria medida ‘socialista’”<sup>48</sup>. Acrescente-se que as medidas de resgate não se restringem a essas. O “Nobel” segue: é preciso “recorrer aos bons estímulos fiscais, no velho estilo keynesiano”; “o próximo plano deve concentrar-se em sustentar e em expandir as despesas do governo – sustentar, por meio de ajuda aos governos estaduais e locais, expandir, por meio de gastos em rodovias, em pontes e em outras obras de infraestrutura”; “e quando as medidas de recuperação já estiverem bem avançadas, será hora de adotar medidas profiláticas: reformar o sistema para que a crise não se repita mais uma vez”; é preciso um novo regime regulatório<sup>49</sup>. E a conclusão do economista norte-americano é redentora para os que sempre defenderam tal idéia, ainda que passando por “antiquados” ou “jurássicos”: “a globalização financeira definitivamente revelou-se mais perigosa do que imagináramos”<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> KRUGMAN, Paul. **A crise de 2008 e a economia da depressão**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P. 187.

<sup>47</sup> Segundo alguns economistas, “sai mais barato para os contribuintes resgatá-los [os bancos] do que pagar para ver” (BARBOSA, Fernando de Holanda. *A crise financeira de 2007/2008 (?)*. **Conjuntura Econômica**, v. 62, n. 10, out., 2008. p. 10).

<sup>48</sup> KRUGMAN, Paul. **A crise de 2008 e a economia da depressão**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P. 195-196.

<sup>49</sup> KRUGMAN, Paul. **A crise de 2008 e a economia da depressão**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P. 197-200.

<sup>50</sup> KRUGMAN, Paul. **A crise de 2008 e a economia da depressão**. Tradução de Afonso Celso da

Em vista também da crise de 2008, mas se reportando às verificadas em anos anteriores, Martin Wolf, colunista-chefe de Economia do Financial Times, em livro sobre a reconstrução do sistema financeiro global, editado agora em 2009, sugere, diante do momento crítico, dentre outras medidas, “no front interno”, reformas concentradas “nos regimes cambiais monetários e fiscais; na regulação do setor financeiro; nas instituições jurídicas e na proteção dos direitos de propriedade”, mas no sentido de que “os governos das economias de mercados emergentes precisam descobrir maneiras de obrigar-se a tratar bem os credores”. Sobre o papel dos governos, discorre, numa assombrosa sinceridade:

O papel essencial do governo é fornecer as instituições que promovem e sustentam a confiança nas promessas financeiras. Os governos são responsáveis pela promulgação e pela proteção dos direitos de propriedade. Embora também os agentes privados possam percorrer alguma distância nessa direção [...] os obstáculos à cooperação eficaz são consideráveis. A garantia pelo próprio setor privado de observância das normas e regulamentos não é boa alternativa para a ação do Estado como fiscalizador e garantidor do cumprimento das leis, pois pode facilmente degenerar em banditismo e até em guerra civil. O papel do Estado como protetor do povo e, portanto, como legislador e aplicador das leis é monopólio do ente estatal e ainda razão de ser de sua existência.

[...]

A visão de que a qualidade das instituições públicas é o fator isolado mais importante do crescimento econômico é hoje amplamente aceita (embora não por unanimidade). Não há dúvida de que as instituições desempenham um papel central. A questão é por que os governos devem promover instituições que contribuam para a prosperidade dos cidadãos. Uma resposta plausível é que o Estado age assim quando essa é a única maneira

---

Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P. 200. Também interessantes as palavras de WOLF, Martin. **A reconstrução do sistema financeiro global**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 27: “[...] a globalização pode contribuir para o desenvolvimento econômico de um país; porém, se as instituições financeiras do país ainda não tiverem alcançado certo nível, a liberalização tenderá a gerar crises que são em si ruins para o desenvolvimento econômico. Portanto, é aconselhável atingir esse nível de desenvolvimento, antes da liberalização, mesmo que a liberalização possa ajudar a transpor esse limiar”. Wolf diz que estamos na “segunda globalização”.

para que o Estado em si se torne rico. Se fosse capaz de extrair recursos valiosos diretamente e por si só, o Estado teria pouco interesse no desenvolvimento da economia. No entanto, se a arrecadação pública depender em grande parte das receitas do comércio, o ente estatal – se for ao mesmo tempo inteligente e previdente (características de que de modo algum são garantidas, em virtude das veleidades do caráter humano) – considerará de seu próprio interesse promover o desenvolvimento econômico.

[...]

[...] o necessário é um regime perene que represente os interesses da massa de proprietários, que não são bastante fortes isoladamente para proteger os próprios interesses, mas que são bastante poderosos coletivamente para impor ao Estado essa atribuição. Esse sistema é a democracia, embora possivelmente sob a forma de sufrágio limitado [...].

[...]

Portanto, as democracias de sufrágio universal, em países com pobreza de massa ou, ainda mais importante, com alto grau de desigualdade, também podem não ter interesse em preservar o crédito público. Os governos desses países tendem a dar calotes e, em conseqüência, a sofrer de incredibilidade crônica. [...]. Porém, ao contrário, se o governo for conduzido conforme os interesses de uma grande classe de credores internos, a propriedade tende a ser segura e o crédito costuma ser saudável. Esse conjunto de circunstâncias, por sua vez criará condições para a prosperidade do sistema financeiro.

O bom governo é, portanto, o fundamento de qualquer sistema financeiro sofisticado – base sobre a qual se ergue, em última instância, a pirâmide de promessas. Também é provável que o bom governo seja produto de uma democracia de proprietários [...] <sup>51</sup>.

A intervenção governamental, assim, é admitida, mas, claramente, *ab initio*, de modo reticente, com desconfiança, sem afastamento da ilação de que as medidas interventivas, de regra, mais complicam que ajudam. Consigna, o autor em referência, a importância de um “banco central como emprestador de última instância”, mas com cuidado para que “o risco moral daí resultante não seja explorado pelos bancos comerciais”; afirma

---

<sup>51</sup> WOLF, Martin. **A reconstrução do sistema financeiro global**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 18-21.

“a necessidade de regulação prudencial ampla e intrusiva”, mas diz que “não é de modo algum evidente que a intervenção do governo melhore a situação”. Assevera, o autor telado, que “a crença em que a intervenção do governo melhora a situação depende de como se equilibram as falhas do sistema financeiro, de um lado, com os problemas oriundos da intervenção do governo, de outro”<sup>52</sup>. Mais adiante, tratando das economias de mercados emergentes (em especial da China), aponta para a necessidade de reforma interna. Nesse âmbito, incluir-se-iam gastos diretos pelo governo (inclusive com educação, saúde e infra-estrutura), reforma financeira (admitindo-se mesmo a ênfase na adoção de investimentos a teor dos quais “o investidor estrangeiro compartilharia as perdas infligidas ao país anfitrião” em virtude de crise, a partir da consagração da sistemática de liquidação por valores mais reduzidos e expressos em moeda local) e macroeconômica, com regulação, tributação e transparência<sup>53</sup>.

Não menos singulares à descrição do atual momento de postulação do regresso do Estado são as considerações de George Soros, no sentido de que “o sistema financeiro global foi construído sobre premissas falsas”, especialmente sobre a “idéia de que os mercados financeiros se corrigem por si mesmos e tendem ao equilíbrio”. Inicialmente, ele assevera que as visões de mundo são impregnadas de imperfeição, à medida que percebidas por sujeitos que compõem esse universo. A partir desse conhecer imperfeito, tenta-se compreender e transformar o mundo em que se vive, do que resulta, para ele, a caracterização de duas funções, a cognitiva e a participativa (ou, como ele prefere chamar, manipulativa), respectivamente, que deveriam, idealmente, realizar-se de modo isolado, sem interferências entre si. A questão, contudo, é que tal isolamento raramente se materializaria, de tal sorte que a realidade do compreender (pelo presente e pelo passado) seria mesclada com as expectativas do transformar (no futuro inserido). O resultado dessa miscelânea seria a inserção de “um elemento de contingência ou incerteza no curso dos acontecimentos”. Nesse contexto, o autor aponta para a reflexividade, enquanto “falta de correspondência entre as visões dos participantes da realidade e o estado das coisas”. E, então, posiciona-se:

---

<sup>52</sup> WOLF, Martin. **A reconstrução do sistema financeiro global**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 21-22.

<sup>53</sup> Cf. WOLF, Martin. **A reconstrução do sistema financeiro global**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 154-186.

A teoria econômica fez grandes acrobacias para excluir a reflexividade de seu campo de conhecimento. De início, os economistas clássicos simplesmente presumiam que os participantes do mercado baseavam suas decisões no conhecimento perfeito: um dos postulados em que se sustentava a teoria da competição perfeita era o conhecimento perfeito. A partir desses postulados, os economistas desenvolveram curvas de oferta e demanda e afirmaram que essas curvas determinavam as decisões dos participantes. [...]. Essa abordagem, mais tarde, foi levada a extremos na teoria das expectativas racionais, o que de certo modo contribuiu para a conclusão de que os preços de mercado futuro também podem ser estipulados de modo independente, 'livres' das propensões e das concepções equivocadas habitualmente presentes entre os participantes do mercado.

Eu sustento que a teoria das expectativas racionais interpreta de modo totalmente errado o funcionamento do mercado financeiro. Embora tal teoria já não seja levada a sério fora dos círculos acadêmicos, a idéia de que os mercados financeiros se corrigem por si mesmos e tendem ao equilíbrio continua a ser o paradigma em que se baseiam os vários instrumentos e modelos de cotação artificiais que adquiriram papel dominante nos mercados financeiros. Sustento que o paradigma vigente é falso e precisa urgentemente ser substituído<sup>54</sup>.

Propõe, depois de uma longa análise, algumas recomendações de política econômica, dentre elas o controle do setor financeiro, via regulamentação, sem prejuízo de garantia do maior campo possível de liberdade aos mercados, bem como uma atuação mais expressiva do Estado, sublinhando: “Eles [a administração Bush e a maioria dos analistas econômicos] estão esperando que a crise do setor imobiliário encontre um piso por conta própria, mas esse piso está bem mais distante do que eles imaginam”. Destaca, na sequência, que “a administração Bush resiste a utilizar o dinheiro dos contribuintes por causa de sua ideologia fundamentalista de mercado e por sua relutância em ceder poder ao Congresso”. E diz: “eu espero mais do próximo governo”<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> SOROS, George. **O novo paradigma para os mercados financeiros**: a crise atual e o que ela significa. Tradução de Lucia Boldrini e Paulo Migliacci. Rio de Janeiro: Agir, 2008. p. 29-30.

<sup>55</sup> SOROS, George. **O novo paradigma para os mercados financeiros**: a crise atual e o que ela

Lançando olhos aos teóricos brasileiros, importa sublinhar a impressão de Bresser Pereira, sobre esse momento crítico, partindo, contudo, de seu posicionamento anos antes (quando iniciado, propriamente, o processo de reforma da Administração Pública no Brasil, do qual o autor foi uma das cabeças pensantes), embora, quanto a esse, seja atinente à área diferenciada, dos serviços públicos designados sociais, discrepantes dos serviços públicos nomeados econômicos.

Em 1999, apresentando, para iniciar, a idéia de que “não só as evidências empíricas dos fracos resultados alcançados pelas estratégias radicais contradisseram, a seu tempo, a promessa de reificação tanto do Estado como do mercado, mas também a prática histórica mostrou que nenhum deles pode existir e desenvolver-se sem o outro”<sup>56</sup>, buscava justificar um público não-estatal, com superação da visão do público supostamente esgotado no Estado, pelo acatamento do viço da sociedade civil e da sua expressão realizadora da democracia, no que desenhou a base teórica capaz de angariar simpatia à construção legislativa das organizações sociais.

O que se viu, entretanto, na realidade concreta, foi, quanto às organizações sociais, uma normatização frouxa, de dissolução dos freios inerentes ao tratamento da coisa pública, ou seja, viu-se, para não falar em desregulação, uma regulação distorcida de instituições privadas, concebidas para, exatamente, substituírem o Estado ou, para dizer o mínimo, suplantarem o Estado vinculado ao direito público e, com essa conformação, garante do interesse público, inclusive dos que, pela extrema miséria, vêm-se excluídos de participação real na designada “esfera pública”, já que, embora cidadãos, não preenchem as condições de categorização como usuários, consumidores ou clientes (expressões derivadas da categoria *homo oeconomicus*), designativos eleitos pela reforma do Estado empreendida no Brasil, especialmente a partir do final do século XX.

Anote-se que, se essa frouxidão normativa originária não vingou, tal se deveu à atuação de órgãos de controle ainda vívidos, especialmente o Judiciário e os Tribunais de Contas, que colmataram as aparentes lacunas da lei com a invocação de preceitos constitucionais, impedindo o soçobro da supremacia do interesse público sobre o privado e atuando como

---

significa. Tradução de Lucia Boldrini e Paulo Migliacci. Rio de Janeiro: Agir, 2008. p. 188.

<sup>56</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal. In: \_\_\_\_\_ (Orgs.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 19.

defensores de preceitos basilares, a exemplo dos princípios da legalidade, da moralidade e da isonomia.

Em 2007, o mesmo teórico – além de ressaltar que “o capitalismo é um sistema econômico, além de cego para a justiça social e a proteção do ambiente, inerentemente instável”, e de rechaçar o fundamentalismo de mercado, do qual decorreria uma visão amputada de política econômica limitada ao ajuste fiscal e de lassitude em relação ao mercado, tido como auto-regulável –, anuncia: “Um liberal pode opor coordenação do mercado à do Estado, mas não pode se colocar, como os liberais se colocaram, contra o Estado, buscando diminuí-lo ou enfraquecê-lo”. E dá sequência: “O Estado é muito maior do que o mercado; é o sistema constitucional-legal e a organização que o garante; é o instrumento por excelência de ação coletiva da nação”. Conclui, então, que “cabe ao Estado regular e garantir o mercado e, como vemos agora, servir de prestador de última instância”, para, mais adiante, sublinhar: “Não é enfraquecendo mas fortalecendo o Estado que realizamos os grandes objetivos políticos de liberdade, justiça e bem-estar”<sup>57</sup>.

#### IV

Os discursos atuais são, pois, menos ou mais, pelo reavivamento do Estado. Ele nunca foi, por assim dizer, tão citado, de modo favoravelmente coligado ao mercado, seja como regulador, seja como agente com ação direta, seja com outras atribuições, para fins de reconstrução do equilíbrio perdido.

Mas – e isso é patente –, não se verifica a conclamação do Estado, como a autora, na boa companhia de vários outros doutrinadores, crê que ele começou a se manifestar, um dia, mas foi interdito, ou seja, o Estado que enxerga o homem – não o lucro – como razão de sua existência institucional e carecedor de sua atuação em favor da justiça social, através, sobretudo, da prestação de serviços públicos, em particular dos de índole social; o Estado pelo qual a autora sempre propugnou e sempre propugnará, o que tem o dever de agir em favor dos seus cidadãos (expressão aqui utilizada sem qualquer limitação quanto à capacidade eleitoral), o ente que, mais do que um poder, tem uma função, em razão da qual exerce o poder; um

<sup>57</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Dominação financeira e sua crise no quadro do capitalismo do conhecimento e do Estado Democrático Social. *Revista Estudos Avançados*, n. 22, v. 64, 2008. p. 199 e 202.

“Estado ético”, na expressão de Joaquim Carlos Salgado, que tem também uma “função poiética de cuidar do econômico, atento a regras técnicas de produzir um resultado, um produto, mas com vistas à sua finalidade, a realização da justiça, no caso a justiça social, pela redistribuição da riqueza acumulada na atividade econômica da sociedade civil”<sup>58</sup>.

O Estado que se tem invocado, nos últimos tempos, é o que aqui se denomina de “Estado da crise”, o que é conveniente, pelo tempo da utilidade, o que vem em amparo ao mercado, aos bancos, aos investidores, e que, por isso, não pode ser um Estado mínimo, embora “micro” deva sê-lo naquela primeira perspectiva de Estado de bem-estar social. Há quem, por isso mesmo, questione: há crise? Se a resposta for positiva, outra questão surge: ela é de que natureza? Ronaldo Poletti vai nessa linha:

[...] Toda crise é de conhecimento ou de autoconhecimento. Quem está em crise não sabe sobre si nem sobre o caminho que deve tomar. Toda crise é uma desorientação.

Ora, o que assistimos é exatamente o contrário. Os donos do mundo capitalista souberam como agir. Mais de um trilhão de dólares foi injetado no sistema, pelos países capitalistas, em uma demonstração inusitada de força. O capitalismo reagiu e será salvo.

[...]

A crise, se existe, é de natureza espiritual e cultural. Que civilização desejamos construir? A dos valores perenes da cultura ou a do lucro? A do trabalho enobrecedor ou a dos lucros exagerados, fundados nos juros exorbitantes? A do homem livre pela sua razão ou a do escravo de bens materiais? A do homem na sua plenitude de vida multifacetada ou a do consumidor ou dado estatístico das leis de mercado? [...] <sup>59</sup>.

Ainda que se admita a compreensão de que a operação de salvamento do mercado pelo Estado tem o condão de evitar consequências mais calamitosas que transcendem àquele campo – à medida que, por exemplo, a falência do sistema bancário e das empresas nele ancoradas poderia

---

<sup>58</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. Apresentação: Carl Schmitt e o Estado Democrático de Direito. In: SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. IX-X.

<sup>59</sup> POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Crise econômica ou cultural? **Revista Jurídica Consu-lex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 09.

resultar em desemprego maciço, com os efeitos próprios dessa situação, em particular miséria alastrada –, três fatos, contudo, que também não podem deixar de ser enxergados, causam indignação em relação a essa ingerência estatal ora buscada e valorizada.

Primeiro, produz revolta esse uso, por assim dizer, egoísta ou manipulado do Estado. A mudança brusca de discurso é evidente. Há pouco mais de um ano, resistiam os defensores de um mercado auto-sustentável e auto-regulável, para cuja sanidade, inclusive, seria preciso, segundo diziam, afastar o Estado e sua intromissão sob várias roupagens, defesa essa geradora de desestatização, privatização, flexibilização, desregulação das atividades produtivas. Pouco tempo depois, as impressões postas, pelos mesmos antigos advogados da liberdade mercadológica, são favoráveis à atuação incisiva do Estado para conter as adversidades que o mercado gerou, do que se extraem duas conclusões, antes não vocalizadas: a) o mercado pode falhar e falhou; e b) somente o Estado pode salvá-lo. E o pior. A leitura que se faz dessa mudança de movimentação não é propriamente de efetiva alteração de rumo ou de paradigmas, ou seja, não há o reconhecimento de que o mercado solto, sem amarras, é, por regra, capaz de produzir destruição, mas apenas de que está passando por um período excepcional de turbulência, para cuja superação se precisaria do Estado, cuja interferência, portanto, impor-se-ia, igualmente, de modo excepcional e, pois, transitório, além de medido. Nessa direção, Silvio Caccia Bava acentua que, atualmente, se constata “um verdadeiro abalo na lógica do mercado”, mas que “o poder não mudou de mãos”, observando:

Seria por demais ingênuo acreditar que o neoliberalismo deixou de ser referência para os governos dos países ricos. Os gestores atuais da crise são os promotores do neoliberalismo. E já começam a esboçar uma nova proposta para substituir esta doutrina e legitimar novas formas de dominação capitalista: a social-democracia global<sup>60</sup>.

<sup>60</sup> BAVA, Silvio Caccia. O neoliberalismo acabou? *Le Monde Diplomatique*, ano 2, n. 23, jun. 2009. p. 03 (editorial). Essa “social-democracia global” representaria um instrumento impediendo do retrocesso ou da contenção do avanço da globalização, fundando-se, especialmente, no “simpático” discurso da proteção ambiental, com a concepção de uma “revolução verde” ou “keynesianismo verde”. Cf. BAVA, Silvio Caccia. A crise e as oportunidades. *Le Monde Diplomatique*, ano 2, n. 23, jun. 2009. p. 10.

Já o segundo fato que irrita as mentes mais tranquilas concerne à admissão, na defesa do mercado, de uma opulência estatal, especialmente em termos financeiros, que é, inversamente, negada, quando se trata de invocar o Estado prestador de serviços públicos sociais, esses, sim, diretamente ligados à concretização da dignidade da pessoa humana, pois permitem liberdade consciente e atuante. Na defesa das organizações sociais, por exemplo, dizia-se, dentre outras coisas: os cofres públicos não têm recursos suficientes à implementação dos serviços educacionais e de saúde, motivo pelo qual deve ser estimulada a atuação da iniciativa privada (chamada, por conveniência, de sociedade civil) nessas áreas. Eis que, com a crise econômica, os recursos públicos aparecem, ou melhor, superabundam, vertem, com uma inacreditável facilidade das arcas públicas, dirigindo-se, exatamente, juntamente com discursos enérgicos pela regulação estatal, aos que antes defendiam austeridade e disciplina fiscal, redução dos gastos públicos, liberdade dos agentes econômicos. Silvio Caccia Bava anotou, com sensibilidade:

Não demorou muito para que surgissem perguntas da parte de quem paga impostos. De onde saiu tanto dinheiro para socorrer o sistema financeiro, se os compromissos assumidos pelos governos dos países mais industrializados com a erradicação da pobreza, como os Objetivos do Milênio, não conseguiram mobilizar sequer uma pequena fração dos recursos destinados a socorrer os bancos?

A comparação de alguns números sustenta essa perplexidade. Segundo um recente estudo publicado pela IPS – Institute for Policy Studies, de Washington, para socorrer os bancos e seguradoras foram destinados mais de US\$ 4 trilhões. Esse valor é 40 vezes maior do que os recursos destinados a combater a pobreza e as mudanças climáticas no mundo. Os US\$ 152,5 bilhões destinados a socorrer a seguradora AIG superam, de longe, os US\$ 90,7 bilhões que os EUA e os europeus somados destinaram à ajuda para o desenvolvimento em 2007<sup>61</sup>.

E o referido autor segue sua bem lançada análise, acentuando a expectativa de mais derramamento de recursos públicos, direcionados,

---

<sup>61</sup> BAVA, Silvio Caccia. Sinais de instabilidade política. **Le Monde Diplomatique Brasil**, ano 2, n. 22, mai. 2009. p. 03 (editorial).

quase que como prêmio (uma espécie de “sanção premial”, na sua mais perfeita contradição), aos sujeitos econômicos irresponsáveis, que nada produziram, à exceção do recrudescimento de negociação com capital simulado, irreal, incorpóreo. Aponta, na sequência, para os custos sociais que vão resultar dessa injeção de patrimônio público para a reconstrução do patrimônio privado, sem retorno à sociedade, dona das verbas públicas aplicadas para essa finalidade, exceto na forma de provável aperto dos já minguados programas governamentais de índole social, do que se pode esperar mais pobreza, maior desigualdade e, perigosamente, em alguns países, guerra civil (para não se falar do aperto que será imposto aos contribuintes, como forma de sustentar os cofres públicos, do que é representativa a atual discussão, no Brasil, sobre a tributação dos valores depositados em cadernetas de poupança, em prol do que se tem disseminado, especialmente na mídia, a absurda idéia de que o poupador é, em verdade, um “proveitador”, sendo, a correção dos valores em poupança não tributados, uma conduta “sórdida” e “indecente”, numa mais recente conclamação do interesse público, que, de público, nada tem):

As grandes empresas capitalistas perderam algo como US\$ 30 trilhões neste ano de 2009 com a desvalorização das ações nas bolsas de valores. Não tenham dúvidas de que elas tentarão recuperar, ao menos em parte, essas enormes perdas. E a mobilização dos recursos públicos por parte dos governos, recursos provenientes do pagamento de impostos, é parte da estratégia para salvar essas riquezas acumuladas, principalmente, por meio de especulação.

Associada a essa perplexidade está a angústia e o medo daqueles que se apercebem da extensão da crise. As previsões dos melhores especialistas não veem a luz no fim do túnel. E não se sabe quantos recursos mais terão de ser mobilizados para sustentar esses gigantes de pés de barro, que se aproveitaram da conivência dos Estados para operar especulativamente num verdadeiro cassino mundial.

A crise tem um enorme custo social: o aumento da pobreza e do desemprego. A OIT estima que, só em 2009, mais de 50 milhões de trabalhadores perderão o emprego. Os recursos públicos destinados a salvar o sistema financeiro exigirão cortes no orçamento das políticas públicas e nas verbas destinadas a combater o aquecimento global. Nos países mais pobres, a fome ronda como uma ameaça cada vez mais assustadora. Os

imigrantes passarão a ser ainda mais discriminados e perseguidos nos países que antes os acolhiam para fazer o ‘trabalho sujo’ que seus cidadãos não valorizavam.

É preciso considerar que tudo isso ocorre em um cenário de intensa concentração de renda e crescente desigualdade. Os 20% mais ricos do mundo se apropriam de 82,7% da renda, enquanto os dois terços mais pobres ficam com apenas 6%. Nos últimos 30 anos a diferença entre ricos e pobres mais do que duplicou. Enquanto o Goldman Sachs paga 1% de impostos, o cidadão comum entrega ao Estado entre 30% e 40% da renda de seu trabalho.

Há quem defenda, ante tal realidade, que se deve “aproveitar a crise financeira global para redirecionar as capacidades financeiras em função dos desafios reais do planeta, que são o drama ambiental e a desigualdade”<sup>62</sup>. E cita-se:

Exemplo prático, que é mencionado por uma das propostas mais interessantes, o *Global Green New Deal* das Nações Unidas: a Coreia do Sul montou um programa de US\$ 36 bilhões, destinado a projetos que reduzem as emissões de gases de efeito estufa, por meio de transporte coletivo e outras iniciativas. O projeto cria 960 mil empregos, o que gera impacto social positivo pelo emprego e pela renda. Outro impacto positivo é que essa renda gera consumo e, portanto, tende a dinamizar a economia, enquanto a demanda dos equipamentos correspondentes dinamiza o setor de bens de investimento. Assim, temos simultaneamente o impacto ambiental desejado, o avanço social e os efeitos anticíclicos que reduzem os impactos da crise.

Falta alguma coisa? Sim, falta ver por que o governo da Coreia, manejando recursos da população, pode decidir a sua utilização inteligente, enquanto o setor privado, ao se apropriar dos recursos que também são da população, vai brincar no cassino financeiro internacional<sup>63</sup>.

De se enfatizar que a adoção de um modelo “seco” de “Estado da crise”

---

<sup>62</sup> DOWBOR, Ladislau. Hora de redirecionar os recursos. **Le Monde Diplomatique Brasil**, ano 2, n. 22, mai. 2009. p. 6.

<sup>63</sup> DOWBOR, Ladislau. Hora de redirecionar os recursos. **Le Monde Diplomatique Brasil**, ano 2, n. 22, mai. 2009. p. 6.

produz o amesquinamento da função primordial que se vislumbra na atuação do ente estatal, de promover o bem-estar de todos.

Finalmente, importa consignar um terceiro fato que causa preocupação nessa mudança de característica de marcha. Parte expressiva dos teóricos do momento imputa a responsabilidade pela crise aos erros governamentais de ação e regulação, não à própria sistemática do mercado, personalizando, direta ou indiretamente, tais equívocos na figura dos governantes atualmente investidos, os que estão encabeçando o governo justamente no instante crítico, ainda que se compreenda que a crise tem razões anteriores, não coincidentes com os mandatos dos atuais gestores. O problema com essa perspectiva é que ela pretende alcançar exatamente os governantes que, ideologicamente, tendiam a se afastar do traçado neoliberal, por serem tidos, segundo a antiga terminologia, de esquerda (um pensamento de esquerda mais *soft*, diga-se, menos radical, que, em verdade, terminou não rompendo, a princípio, com certos preceitos desse modelo), que, finalmente, após muitos anos de discussões, haviam conseguido ascender ao poder, o que vai gerar, a reboque, pela desmoralização de tais governos e pela fragilização de suas idéias políticas, a emergência de movimentos políticos ultradireitistas (esses, sim, de cunho radical, esboçando-se, inclusive, aproximação com o nazismo e o fascismo). Foi o que se viu desencadear, recentemente, nos processos eleitorais na Europa, fazendo-se lembrar os períodos de horror.

## V

É evidente, pois, no contexto atual, que o Estado volta a ocupar uma posição central, de destaque, a ponto de se criticar a globalização (antes invocada, diga-se, como (a) benfazeja, por plural; (b) irrefreável, por libertária; e (c) refratária a tendências monolíticas ou monoparamétricas estatizantes) e de se aduzir que respostas idôneas ao momento crítico devem ser buscadas internamente às fronteiras (sim, essa palavra não desapareceu!) estatais, âmbito no qual se espera a regulação de contenção e prevenção de crises.

Realmente, a regulação estatal assoma com importância agigantada nesse redemoinho, ainda que seja posta, mais expressivamente, como forma de incentivar a ação dos agentes econômicos, protegendo-os, mesmo que, pelo que se depreende, não estejam assim tão protegidos os cidadãos.

Sobre o que chama de “direito fundamental à boa Administração Pública”, Juarez de Freitas, por exemplo, destaca, dentre outros elementos de caracterização, a independência da “conduta administrativa”, “para bem cumprir as funções regulatórias, sob pena de desestímulo a investimentos produtivos de longo prazo”<sup>64</sup>.

Ademais, aproximando-se os serviços públicos de natureza econômica dos de índole social – o que, diga-se, é, em certo sentido (o da “mercantilização”), preocupante –, eis que se fala também da regulação das entidades do terceiro setor<sup>65</sup>.

Da era da desregulação, passa-se à da regulação, e as teses relacionadas à forma de sua materialização se multiplicam, abarcando setores vários: petróleo, energia, telecomunicações, aviação, portos, sistema financeiro, infra-estrutura em geral, como saneamento, e, agora, mais detidamente, os serviços públicos sociais (educação, saúde, cultura, entre outros).

E chega-se a defender a responsabilização do Estado pela omissão no exercício de sua função regulatória.

Acresça-se, ante tal panorama, que parece haver certa tendência a se enfatizar um “Estado vigilante”, que é expressão e vem a reboque do Estado de feição mais interventiva. Explicando essa relação, Rivero Ortega acentua que “en el umbral del siglo XXI la función inspectora del Estado y su poder de vigilancia se potencian, debido al crecimiento del Estado que estimulan los avances tecnológicos y los cada vez mayores niveles de riesgo y complejidad del sistema social”. Na sequência, pontua: “La función inspectora de la Administración crece al cambiar el modelo de Estado, hacerse más intervencionista y aprobar más normas cuya observancia debe ser garantizada”. E continua:

En el Estado social y democrático de Derecho y en las sociedades actuales, caracterizadas por um frenético avance tecnológico y por relaciones interpersonales cada vez más complejas y reticulares, el poder de inspección se hace imprescindible porque vivimos en una sociedad de riesgo, que exige un control garantizador

<sup>64</sup> FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 131.

<sup>65</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação**. Por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

de la seguridad frente a medios de producción que amenazan nuestro medio ambiente y ante relaciones de interdependencia incrementadas por la globalización de la economía y la división del trabajo.

[...]

La cada vez mayor importancia de la actividad informatiza estatal y el crecimiento de la función inspectora son el reflejo del mayor protagonismo de las tareas de prevención de la Administración, del cada vez mayor papel del Estado en la evitación de peligros. [...]<sup>66</sup>.

O autor citado compara o “Estado vigilante” ao “Estado regulador”, ou seja, ao que “impone las reglas del juego de los sujetos privados”, ao que “no puede despreocuparse del cumplimiento de sus regulaciones, no puede limitarse a establecer las normas sin supervisar su vigencia”, para concluir que “el Estado regulador es, sobre todo, un Estado vigilante, un Estado cuya realidad depende de la existencia de un aparato de control, una Administración inspectora de las relaciones entre los sujetos privados”<sup>67</sup>.

Nessa contextura, é de se verificar quais providências estatais têm sido tomadas, particularizando em relação à sua função regulatória e como ela é vista em termos de resposta à crise.

Inicialmente, merecem ser conferidas as medidas estatais de redução do imposto sobre produtos industrializados e de remissão de dívidas tributárias, definidas nos últimos tempos, no Brasil, como forma de enfretamento da crise, e que caracterizam mecanismo de intervenção do Estado na economia pela via da extrafiscalidade. Segue-se, com tais meios, a linha da “redução nos impostos do setor corporativo, melhorando as expectativas de rentabilidade, incentivando a manutenção do emprego, o crescimento do investimento privado e reduzindo a demanda por crédito”<sup>68</sup>. Essas são reputadas medidas de emergência, assim como emergenciais se afiguram as de direcionamento direto de recursos públicos ao soerguimento

<sup>66</sup> ORTEGA, Ricardo Rivera. **El Estado vigilante**: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración. Madrid: Tecnos, 2000. p. 26-27.

<sup>67</sup> ORTEGA, Ricardo Rivera. **El Estado vigilante**: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración. Madrid: Tecnos, 2000. p. 28-29.

<sup>68</sup> PARNES, Beny; GOLDFAJN, Ilan. Como reagir à crise: política fiscal. In: BACHA, Emdar L.; GOLDFAJN, Ilan (Orgs.). **Como reagir à crise?** Políticas econômicas para o Brasil. Rio de Janeiro: Imago, 2009. p. 48

de empresas privadas em apuros, especialmente pela absorção dos “ativos podres” e conversão do Estado em “sócio” de tais empreendimentos.

A par de tais instrumentos, afirma-se, com caráter de perenidade, a imprescindibilidade de uma agenda regulatória, e, nesse tocante, a leitura deve se fazer, em especial, sem olvidar a realidade regulatória brasileira, integrada, particularmente, pelas agências reguladoras (ANEEL, ANATEL, ANS, exemplificativamente, nas áreas, por correspondência, de energia elétrica, telecomunicações, saúde), sendo também autoridade regulatória a Comissão de Valores Mobiliários.

Pedro Malan, estudando a crise e propostas de sua superação, acentua que “uma resposta apropriada do Brasil à grave crise atual deveria ser acelerar o passo de destravamento da agenda regulatória, concorrencial e microinstitucional, com vistas a estimular o investimento privado, doméstico e internacional”. E ele fixa características fundamentais dessa regulação: “clareza e previsibilidade das regras do jogo”, “independência das agências [reguladoras] de indevidas interferências políticas”, suplantação “de falsos dilemas entre os papéis do investimento público e do investimento privado e da gestão pública ou privada em algumas das áreas”, “eficiência na regulação e não excesso de regulação”, “necessidade de redução de incertezas jurídicas, surpresas, instabilidades institucionais que afetem o clima de negócios, o ânimo empresarial e o cálculo econômico dos agentes”<sup>69</sup>. Outros autores acentuam que “a maioria dos membros do novo foro de decisões internacionais, o G-20, já se manifestou a favor da elaboração de um arcabouço regulatório mais rigoroso para o sistema financeiro internacional”<sup>70</sup>. Fala-se, ademais, em oportunidade para “a atenção do regulador sobre a atuação desestabilizadora dos intermediários nesse processo [o de excessos no mercado de capitais, com a produção de “bolhas”] e também na disseminação de derivativos cambiais de balcão entre empresas”, consignando-se que “teria sido muito mais conveniente para empresas e bancos se as Autoridades não tivessem deixado o câmbio avançar tão rapidamente”, bem como que “a volatilidade excessiva é algo a

<sup>69</sup> Cf. MALAN, Pedro. Onde queremos chegar. In: BACHA, Edmar L.; GOLDFAJN, Ilan (Orgs.). **Como reagir à crise?** Políticas econômicas para o Brasil. Rio de Janeiro: Imago, 2009. p. 15.

<sup>70</sup> CARNEIRO, Dionísio Dias; BOLLE, Monica Baumgarten. Como responder ao “trade off” risco vs. eficiência. In: BACHA, Edmar L.; GOLDFAJN, Ilan (Orgs.). **Como reagir à crise?** Políticas econômicas para o Brasil. Rio de Janeiro: Imago, 2009. p. 23.

ser evitado, sem prejuízo do princípio da flutuação, o que recomendaria uma atuação específica do BC lançando opções [...]”<sup>71</sup>. Entende-se justificada “a intervenção do governo para evitar uma ruptura de padrões de produção e comércio”<sup>72</sup>. Sustenta-se a adequação da regulação para que ela seja útil à realidade vigorante<sup>73</sup>, bem como se advoga pela “racionalização do sistema de regulação e fiscalização, adotando-se uma estrutura mais moderna, com órgãos divididos em função de seus objetivos, e não mais em função da natureza das instituições reguladas e fiscalizadas (opção cada vez mais obsoleta em função da atuação múltipla, complexa e global de várias instituições)”<sup>74</sup>.

O enfoque, para a crise, tem sido, preponderantemente, o econômico. Talvez se pense, estreitamente, que, cuidando-se de crise econômica, a reposta somente poderia ser econômica, o que é postura equivocada, moldada, em verdade, em favor dos agentes econômicos, e não propriamente do processo econômico, que não pode ser desvinculado de outras contexturas, especialmente a social, na qual, inclusive, está integrado.

O fato é que a percepção dessa preponderância do elemento econômico, quase excludente de qualquer outro parâmetro, tem produzido, em alteridade, propostas de *put the people first*, através de uma agenda, na qual constam, dentre outras proposições, a ênfase em redes de cidadania (com reconhecimento da verdadeira importância e do real caráter contributivo das esferas de debate e ação por mobilização social), a refundação do Estado Republicano e Democrático (no homem, em sua inteireza, afastando-se a parcialidade, a incompletude, do *homo oeconomicus*), o controle social do sistema financeiro (concretização do direito humano de saber em que e o porquê de se aplicarem recursos públicos, para tal ou qual finalidade, a

---

<sup>71</sup> FRANCO, Gustavo H. B. O desembarque da crise no Brasil: 10 ideias. In: BACHA, Edmar L.; GOLDFAJN, Ilan (Orgs.). **Como reagir à crise?** Políticas econômicas para o Brasil. Rio de Janeiro: Imago, 2009. p. 31 e 33.

<sup>72</sup> BACHA, Edmar L. O choque externo e a resposta possível. In: BACHA, Edmar L.; GOLDFAJN, Ilan (Orgs.). **Como reagir à crise?** Políticas econômicas para o Brasil. Rio de Janeiro: Imago, 2009. p. 40.

<sup>73</sup> Cf. RESENDE, André Lara. A crise e o desempenho do sistema financeiro. In: BACHA, Edmar L.; GOLDFAJN, Ilan (Orgs.). **Como reagir à crise?** Políticas econômicas para o Brasil. Rio de Janeiro: Imago, 2009. p. 97-104.

<sup>74</sup> MESSA, Theodoro. Crise e regulação do sistema financeiro brasileiro. In: BACHA, Edmar L.; GOLDFAJN, Ilan (Orgs.). **Como reagir à crise?** Políticas econômicas para o Brasil. Rio de Janeiro: Imago, 2009. p. 108.

qual deve se conformar com a expectativa social de realização do bem de todos), a priorização da integração regional (a dizer: entre Estados com mesmo nível de desenvolvimento, capazes de entender suas dificuldades e discutir, em condições de igualdade, propostas de superação e crescimento, o que não deve ser interpretado, simplesmente, como fechamento a outros Estados, mas apenas como etapa que garantirá condições de diálogo mais eficientes com as realidades em nível de desenvolvimento mais avançado), a promoção de políticas de cunho social (a exemplo das de emprego e de assistência aos miseráveis) e a reorganização dos serviços públicos (que, realce-se, continuam se impondo como públicos, acessíveis a todos, prestados gratuitamente, devendo passar por melhoras em sua estrutura física e humana, para serem, efetivamente, de qualidade)<sup>75</sup>. Essa percepção faz rememorar as palavras vigilantes de Eric Hobsbawm, para quem a soberania do mercado (cuja ênfase produziu o enfraquecimento do poder do Estado) “nega a necessidade de decisões políticas, que são justamente aquelas relativas aos interesses comuns ou grupais que se distinguem da soma das escolhas, racionais ou não, dos indivíduos que buscam suas preferências pessoais”<sup>76</sup>. É exatamente contra essa “mercantilização” e contra esse “individualismo”, que desprezam a figura do “outro”, que se deve lutar.

Fala-se, ainda, na necessidade de edição de uma nova “Declaração Universal de Direitos Humanos”, fundada em um novo “padrão civilizatório”<sup>77</sup>.

Pensa-se, contudo, quanto a essa última proposta, segundo um raciocínio bobbiano<sup>78</sup>, que, ao invés de se propor novas normas, se deveria enfatizar a concretização das já existentes (ou seja, a efetivação de direitos e não a proclamação de direitos), mormente porque a interpretação – esse instrumento é salutar – não pode ser desconsiderada como mecanismo de atualização das normas jurídicas, sem necessidade de sua eliminação ou substituição. Emilio Betti, quanto à relação entre interpretação e

<sup>75</sup> Cf. BAVA, Silvio Caccia. A crise e as oportunidades. *Le Monde Diplomatique*, ano 2, n. 23, jun. 2009. p. 10-11.

<sup>76</sup> HOBBSAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 105-106.

<sup>77</sup> BAVA, Silvio Caccia. A crise e as oportunidades. *Le Monde Diplomatique*, ano 2, n. 23, jun. 2009. p. 11.

<sup>78</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

construção dogmática, salienta que, “se, para dominar a matéria da vida social em vista dos problemas práticos que propõe, e para tornar suas situações mais acessíveis à disciplina que se destina a eles, já se percebe no procedimento normativo a exigência da abstração e da redução a tipos e esquemas conceituais que assegurem a pronta inteligibilidade dessa disciplina”, de outro lado, “é claro que na interpretação em função normativa não é questionável renegar essa exigência, de caráter técnico-jurídico, que a dogmática leva ao seu coerente desenvolvimento lógico”. E alerta:

Não se trata de abandonar ou circunscrever a ‘instituição do típico’, para adotar um instituição ‘individual’, impossível nessa matéria [...], mas pode-se apenas tratar de distinguir e escolher, no instrumental da dogmática, os conceitos que, para o sentido histórico e para o critério do jurista, demonstram-se mais atinentes e mais aptos a evidenciar o caráter normativo e o estilo da lei interpretada, deixando de lado aqueles que não servem para tal ofício. Não se trata de inverter a rota do procedimento de abstração e construção de conceitos, mas sim de orientá-la para a meta correta, escolhendo e aperfeiçoando os instrumentos da dogmática, como parte integrante da interpretação jurídica [...]<sup>79</sup>.

Quiçá, em verdade, se possa ver chegar o momento em que o “Estado da crise” seja suplantado pelo “Estado de fraternidade”, um Estado republicano, democrático, social e de direito, com políticas públicas inteligentes, impositivas de responsabilidade econômica, mas também, e fundamentalmente, promotoras de responsabilidade e de justiça social, que, sem dúvida, continuam a depender do Estado e de sua força regulatória.

## BIBLIOGRAFIA

ARRARTE, Jesus Prados. **Filosofia de la economía**. Buenos Aires: Editorial Americalee, 1942.

AKTOUF, Omar. **Pós-globalização, administração e racionalidade**

<sup>79</sup> BETTI, Emilio. **Interpretação das leis e dos atos jurídicos**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 21-22.

**econômica:** a síndrome do avestruz. Tradução de Maria Helena C. V. Trylinski. São Paulo: Atlas, 2004.

BACHA, Edmar L.; GOLDFAJN, Ilan (Orgs.). **Como reagir à crise?** Políticas econômicas para o Brasil. Rio de Janeiro: Imago, 2009.

BARAT, Josef. Arquitetura financeira global. **Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 36-38.

BARBOSA, Fernando de Holanda. A crise financeira de 2007/2008 (?). **Conjuntura Econômica**, v. 62, n. 10, out., 2008. p. 10.

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMANN, Renato (Org.). **O Brasil e a economia global**. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

BAVA, Silvio Caccia. A crise e as oportunidades. **Le Monde Diplomatique**, ano 2, n. 23, jun. 2009. p. 09-11.

\_\_\_\_\_. O neoliberalismo acabou? **Le Monde Diplomatique**, ano 2, n. 23, jun. 2009. p. 03 (editorial).

\_\_\_\_\_. Sinais de instabilidade política. **Le Monde Diplomatique Brasil**, ano 2, n. 22, mai. 2009. p. 03 (editorial).

BETTI, Emilio. **Interpretação das leis e dos atos jurídicos**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Apelação Cível 342739/PE. Segunda Turma, Recife, Pernambuco, 30 de novembro de 2004. Diário da Justiça de 07.12.2004, p. 509-510. Disponível em: <www.trf5.jus.br >. Acesso em: 10 abr. 2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Apelação Cível e Remessa *Ex Officio* 1520/CE, Primeira Turma, Recife, Pernambuco, 12 de março de 2009, Diário da Justiça de 04.05.2009, p. 145-212. Disponível em: <www.trf5.jus.br >. Acesso em: 25 mai. 2009.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Dominação financeira e sua crise no quadro do capitalismo do conhecimento e do Estado Democrático Social. **Revista Estudos Avançados**, n. 22, v. 64, 2008. p. 195-205.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal. In: \_\_\_\_\_ (Orgs.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p.15-48.

CAMINHA, Uinie. **Securitização**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARNEIRO, Ricardo; BIANCARELI, André. Impactos e oportunidades. **Le Monde Diplomatique Brasil**, n. 14, set., 2008. p.06-07.

CARVALHO, William Almeida. Enfim, a bolha explodiu... **Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 22-23.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 9.ed. Tradução de Roseneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2006. (A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura, 1).

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. **Revista de Direito Administrativo**, n. 219, jan./jul., 2000. p. 253-270.

\_\_\_\_\_. A “reserva de densificação normativa” da lei para preservação do princípio da legalidade. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Orgs.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009 (no prelo).

\_\_\_\_\_. **Agências reguladoras no direito administrativo brasileiro**. 1999. Tese apresentada como requisito de aprovação em concurso público para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Administrativo do Departamento de Direito Público Especializado, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1999 (exemplar gentilmente cedido pelo autor).

\_\_\_\_\_. O moderno direito administrativo: independência da função

reguladora e os entes reguladores independentes. **Anuários dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 10, 2000. p. 113-138.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 20, 1997. p. 67-75.

CHENOT, Bernard. **Organisation économique de l'État**. Paris: Librairie Dalloz, 1951.

CLARK, Giovani. **Questões polêmicas de direito econômico**. São Paulo; LTr, 2008.

CRISE financeira e Copom: o tanque monetário está cheio. **Conjuntura Econômica**, v. 62, n. 11, nov., 2008. p. 06-08.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico: globalização e constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 1999.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação**. Por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DOWBOR, Ladislau. Hora de redirecionar os recursos. **Le Monde Diplomatique Brasil**, ano 2, n. 22, mai. 2009. p.06-07.

DUROSELLE, Jean-Baptiste. **Todo império perecerá: teoria das relações internacionais**. Tradução de Ane Lize Spaltemberg de Sequeira Magalhães. Brasília; São Paulo: UnB; Imprensa Oficial do Estado, 2000.

FALCÃO, Joaquim. Direito de propriedade e crise financeira. **Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 30-31.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e terceiro setor**. Curitiba: Juruá, 2009 (no prelo).

\_\_\_\_\_. **Soberania e processos de integração: o novo conceito de soberania em face da globalização (uma abordagem especial quanto às realidades de integração regional)**. 2.ed.rev.atual. Curitiba: Juruá, 2007.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FREITAS, Juarez. **Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002.

FROTA, Mário. A crise financeira internacional e os interesses das famílias. **Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 35.

GONÇALVES, Reinaldo; BAUMANN, Renato; PRADO, Luiz Carlos Delorme; CANUTO, Otaviano. **A nova economia internacional: uma perspectiva brasileira**. 5. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

GOODHART, Charles. A crise financeira global. Entrevistador: L. Pinheiro Ronci. **Conjuntura Econômica**, v. 62, n. 11, nov., 2008. p. 10-13.

GORDILLO, Agustín A. **La administración paralela: el parasistema jurídico-administrativo**. 3. reimp. Madrid: Civitas, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 4. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

GREENSPAN, Alan. **A era da turbulência: aventuras em um novo mundo**. Capítulo especial: Epílogo sobre a crise americana. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GUÉDON, Marie-José. **Les autorités administrative indépendantes**. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1991.

HAYEK, Friedrich A. **Camino de servidumbre**. Traducción de José Vergara. 2. reimp. Madrid: Alianza, 2003.

HOBBSAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HUMBOLDT, Wilhelm von. **The limits of State action**. Indianapolis: Liberty Fund, 1993.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da**

**moeda.** Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KRUGMAN, Paul. **A crise de 2008 e a economia da depressão.** Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MAGALHÃES, João Paulo de Almeida. **O que fazer depois da crise:** a contribuição do desenvolvimentismo keynesiano. São Paulo: Contexto, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A crise financeira global e o Estado brasileiro. **Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 20-21.

MONCADA, Cabral de. **Direito Económico.** 2.ed.rev.actual. Coimbra: Coimbra, 1988.

MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno:** legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição.** Coimbra: Faculdade de Direito, 1974.

MORRIS, Charles R. **O crash de 2008:** dinheiro fácil, apostas arriscadas e o colapso global do crédito. Tradução de Otacílio Nunes. São Paulo: Aracati, 2009.

NAKANO, Yoshiaki. Cenários da crise: origens e conseqüências. **Conjuntura Econômica**, v. 62, n. 11, nov., 2008. p. 14-16.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia.** Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico.** São Paulo: RT, 1995.

OLIVEIRA, Francisco de. Quo vadis capitalismus? **Le Monde Diplomatique Brasil**, ano 2, n. 22, mai. 2009. p.04-05.

ORTEGA, Ricardo Rivera. **El Estado vigilante:** consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración. Madrid: Tecnos, 2000.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economia y Estado:** crisis y reforma del sector público. Madrid: Marcial Pons, 1993.

ORTIZ, Gaspar Ariño *et al.* **Principios de derecho público económico:** modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. 2. ed. Granada: Comares, 2001.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública:** o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007.

PINTO, Almir Pazzianotto. Cataclismo no sistema financeiro mundial. **Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 24-25.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Crise econômica ou cultural? **Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 09.

POSE, Guillermo A. **La intervención del Estado en empresas privadas:** causas y formas de la intervención; normas comunes para crisis empresarias; regímenes de emergencia; derecho comparado. Buenos Aires: Depalma, 1985.

PRUNES, Cândido Mendes (Org.). **Hayek no Brasil.** Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006.

**Revista Exame**, edição 942, ano 43, n. 8, 06 mai. 2009.

QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. **Direito econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 1982.

ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RYDENFELT, Sven. **Crise nas economias socialistas.** Tradução de Jorge Enéas Fortes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987.

SACHS, Jeffrey. **A riqueza de todos:** a construção de uma economia sustentável em um planeta superpovoado, poluído e pobre. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

SADER, Emir. Desequilíbrios estruturais do capitalismo atual. **Le Monde Diplomatique Brasil**, n. 14, set., 2008. p. 04-05.

SAMUELSON, Paul. **Introdução à análise econômica.** Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. 8.ed. Rio de Janeiro: Agir, 1975 (2v.).

SANTIAGO, Luciano Sotero. Por um novo destino nacional. **Revista**

**Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 32-34.

SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. Coimbra: Almedina, 1995.

SAVY, Robert. **Direito público económico**. Tradução de Rui Afonso. Lisboa: Editorial Notícias, 1984.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. (Del Rey Internacional, 11).

SOROS, George. **O novo paradigma para os mercados financeiros: a crise atual e o que ela significa**. Tradução de Lucia Boldrini e Paulo Migliacci. Rio de Janeiro: Agir, 2008.

SOUZA, Washington Peluso Albino. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STIGLER, George J. **The citizen and the State: essays on regulation**. Chicago: The University of Chicago Press, 1975.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo**. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

STUBER, Walter Douglas. Reflexos da crise internacional no Brasil. **Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 28-29.

TAMER, Sérgio. Torvelinho no mercado financeiro. **Revista Jurídica Consulex**, n. 283, 31 out., 2008. p. 26-27.

VENÂNCIO Filho, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

WOLF, Martin. **A reconstrução do sistema financeiro global**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

# “ANOTAÇÕES ACERCA DA DENÚNCIA GENÉRICA NOS CRIMES SOCIETÁRIOS”

*Lucas Santos Jatobá*

Pós-graduado, lato sensu, em Direito Administrativo (UFPE) e em Direito Penal e Proc. Penal (Esmape/Fac. Mauricio de Nassau).  
Servidor do quadro efetivo da Justiça Federal-PE.  
Assistente de Gabinete de Desembargador Federal do TRF-5ª Região.

**RESUMO:** A denúncia nos delitos de autoria predominantemente coletiva, a exemplo dos previstos na Lei nº 8.137/90, contra a ordem tributária e econômica, e nos crimes societários em geral, fomenta debates voltados à questão de sua admissibilidade, mormente quando a narrativa acusatória não se reveste de pormenores da participação individualizada dos acusados na perpetração do ilícito. Predomina, entretanto, a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ e, também, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, tornando possível a admissão do libelo acusatório sem o exaurimento da descrição da culpabilidade dos imputados, dada a grande dificuldade, nos crimes de autoria plúrima, de a acusação se fazer acompanhada da universalidade de indicações circunstanciadas quanto ao grau de participação individualmente considerada dos denunciados.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Observações gerais sobre a problemática da acusação genérica nos delitos societários. 3. A denúncia como proposta de prova nos crimes societários. 4. Exemplo de manifestação doutrinária divergente. 5. Orientação jurisprudencial predominante. 6. Conclusão. 7. Referências

## 1. INTRODUÇÃO

Pretende-se, neste trabalho, contribuir para o debate acerca da ainda não de todo pacificada questão ligada à formalização da denúncia por prática dos crimes contra a ordem tributária, previstos em nosso ordenamento jurídico, primacialmente, na Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, em especial quando o libelo acusatório não delinea, de forma clara,

precisa, individualizada e conclusiva, a conduta ilícita perpetrada pelos denunciados supostamente envolvidos nos crimes societários, sem que tal ausência de uma imputação, que se pretende pormenorizada, possa, por si só, resultar em juízo de inépcia da exordial e posterior decretação judicial de rejeição da pretensão punitiva estatal, a título de inexistir justa causa para a propositura da correspondente ação criminal.

A controvérsia, tanto alimentada pelos penalistas, como também materializada através de copiosa jurisprudência que, por seu turno, encerra nítida feição divergente, gravita, de um lado, envolvendo aspectos voltados à defesa da observância, em sua literalidade, do comando expresso no art. 41 do Diploma Processual Penal Pátrio, que exige “a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias”, não se admitindo, assim, denúncia com acusação genérica, visto que tal peça deverá descrever as condutas imputadas a cada agente, fazendo-o de forma a mais circunstanciada e detalhada possível. O fato, assim bem esmiuçado em todas as suas circunstâncias, constituiria o objeto ou causa material do processo penal no que, do contrário, estar-se-ia violando previsão garantista do devido processo legal da qual o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a motivação das decisões, dentre outros institutos processuais que constituem o arcabouço da segurança jurídica restariam, arbitrariamente, malferidos.

Por outro lado, a tendência dos julgados aponta, como veremos, no sentido de que seja recepcionada a denúncia, desencadeando-se a ação penal, ainda que a inicial aparentemente não disponha, à saciedade, de toda a descrição das circunstâncias individualizadas das condutas dos agentes, mormente nos crimes societários, quando minimamente demonstrada, em tese, a prática de ilícito por parte de cada um dos acusados, dado que as provas concludentes de suas respectivas participações criminosas seriam arregimentadas em momento posterior, ou seja, durante a instrução processual, sem que isso possa resultar na imprestabilidade da inaugural acusatória, sabido que a particularização da conduta dos envolvidos em crimes de autoria coletiva, como se caracterizam muitos dos previstos na Lei nº 8.137/90, inegavelmente somente se revelará, ou não, em sua inteireza, no curso da respectiva ação penal pois, suponha-se, ainda que a denúncia abranja, englobadamente, todos os diretores de determinada empresa, por exemplo, não necessariamente estar-se-ia desconsiderando importante

preceito ligado à responsabilidade penal, o de ser exclusivamente subjetiva, pois a acusação há de possuir natureza de mera proposta para ulterior individualização de condutas e responsabilização em definitivo pelo delito entendido como efetivamente perpetrado.

## **2. OBSERVAÇÕES GERAIS SOBRE A PROBLEMÁTICA DA ACUSAÇÃO GENÉRICA NOS DELITOS SOCIETÁRIOS**

No rastro de uma contemporaneidade ditada pelos influxos avassaladores do capitalismo globalizado, bem como num cenário de pós-modernidade que se entremostra acompanhado de crescentes desigualdades socio-econômicas e, em paradoxal paralelismo, de extrema competitividade empresarial, inclusive nos países admitidos como periféricos, descortinam-se aperfeiçoadas modalidades de delitos que desestabilizam, sobremaneira, a ordem tributária estatal.

Essa particular forma de criminalidade atenta contra a hígidez do sistema de receitas do estado, redundando, de uma forma geral, em consideráveis prejuízos na destinação e alocação de seus tributos, porquanto arrecadados a menor ou mesmo sonogados, interferindo, destarte, no planejamento sistemático e na efetiva execução de políticas públicas, em razão do irregular e deficitário recolhimento dos haveres oriundos de obrigações tributárias atribuídas aos seus sujeitos passivos - tanto os contribuintes particulares ou mesmo as pessoas jurídicas.

Evidentemente, essa forma de delinquência que se volta, num primeiro plano, em tese, imediatamente contra a figura do estado, não se revela, como antes dito, característica exclusiva de países havidos como periféricos, mas encontra lugar, também, naqueles que detêm a hegemonia econômica ocidental, apresentando assemelhadas modalidades delituosas, assim valendo para suas legislações repressoras à prática criminosa de supressão de tributos e outros tipos penais correlatos, variando, todavia, quanto à amplitude da abrangência e eficácia de seus comandos normativos persecutórios.

Sobreleva, em nosso ordenamento jurídico, intricada problemática na apuração e, mais ainda presente, em torno da repressão mesma que se pretende conferir por intermédio da atuação jurisdicional, às condutas delitivas que integram a criminalidade econômica.

Esbarra, contudo, a *persecutio criminis* dos feitos relacionados aos delitos societários, concebidos estes como perpetrados por membros de organizações e sociedades comerciais e econômicas ligadas a qualquer ramo de atuação e de atividade empresarial como um todo, a exemplo de seus mandatários e representantes (presidentes, controladores, diretores, sócios, administradores, gerentes, etc.), em momentosos óbices imbricados à exigência de identificação individualizada do grau de participação, comissiva ou omissiva, dos membros de uma determinada sociedade econômica, em práticas delituosas contra a ordem tributária, nas várias modalidades previstas em legislação própria, no caso a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo no país.

É que, ante o princípio basilar do Direito Penal Moderno, da responsabilidade pessoal do agente, portanto subjetiva, restou consagrado o exame da culpabilidade, em todas as suas nuances e complexidades, como corolário dos juízos intrínsecos de censurabilidade e reprovabilidade, somente atribuíveis a cada pessoa individualmente considerada, preservando-se as características da individualidade do agente, importando, de logo, dizer da dificuldade de se aferir o grau de participação de cada integrante de uma organização empresarial, no iter criminis referente a delitos de natureza econômica, notadamente os que atentam contra a ordem tributária.

E a dificuldade antes referida resulta na impossibilidade de nem sempre se poder aferir, de forma cabal, portanto isenta de dúvidas, logo na fase preambular da ação criminal, a relação entre a conduta individualizada dos membros da sociedade comercial, como expressão de suas vontades (responsabilidade penal subjetiva) e a identificação exata da autoria do crime atribuída, muitas vezes por mera presunção de natureza *juris tantum*, a todo o corpo de integrantes da administração dessa mesma pessoa jurídica (responsabilidade penal objetiva, negada por nosso ordenamento jurídico).

Porquanto não se apresentará raro, incomum, o fato de os estatutos e contratos sociais das empresas não representarem, necessariamente, a realidade fática de uma hierarquização funcional, que, somente em tese, se refletirá nos documentos mencionados, vez que confeccionados para cumprimento unicamente de exigências formais estipuladas na legislação civil para sua criação, estabelecimento e funcionamento, pois, ali, só

aparentemente se delinear a totalidade das competências e atribuições gerenciais dos sócios e a delimitação das atividades de todo e qualquer integrante da administração da empresa, na tomada das mais importantes decisões que reflitam a atividade-fim da organização econômica.

Como antes ressaltado, mister se faz que a apuração dos crimes de autoria plúrima, a exemplo dos societários elencados na Lei nº 8.137/90, que trata das infrações tributárias, não mais sofra irreversível solução de continuidade, sob o insustentável pretexto que hoje se apresenta juridicamente insustentável, mas outrora comumente aceito nos pretórios pátrios, da inexistência de justa causa a permitir o regular prosseguimento da persecutio, baseado na impossibilidade, que ora se tem revelado de ordem tão-somente acidental, secundária, de se levar a juízo, logo quando da propositura da ação penal, libelo acusatório alicerçado em demonstrativo extremamente pormenorizado da atuação individualizada de cada um dos integrantes do corpo empresarial, com todos os indícios de autoria e materialidade delituosas sobejamente particularizados, para o fim de restar patenteada, à toda evidência, o nexos causal entre suas vontades (elemento psicológico) e condutas em relação ao resultado do evento criminoso, e isto antes mesmo de iniciada a instrução criminal.

Ao se permitir, nos moldes antes referenciados, seja o juízo prévio de admissibilidade da ação penal, nos crimes de autoria coletiva contra a ordem tributária, obrigatoriamente condicionado à demonstração exaustiva das condutas individualizadas dos seus agentes, já em sede de oferecimento da peça inaugural denunciativa, estar-se-ia incorrendo em flagrante subversão da importância e peculiaridade técnicas de cada uma das fases processuais, vez que, ao contrário, quando ordinariamente unidas e sequenciadas num todo harmônico e sistêmico, como se exige no sistema processual penal de viés acusatório como o nosso, somente assim expressariam a dialeticidade processual que atinge o seu perfazimento quando finda a produção probatória manejada de parte a parte, culminando com a prolação do comando sentencial absolutório ou condenatório.

Exigir-se, então, nos crimes societários, geralmente de autoria coletiva, logo quando da formalização e oferecimento da denúncia em juízo, o esgotamento da demonstrabilidade da culpabilidade de cada um dos administradores empresariais, incorrer-se-ia no sério equívoco de fomentar a hipervalorização de uma etapa procedimental representada

pela formulação de uma aceção valorativa de natureza precária, vez que não conclusiva, pois representa mera proposta probante, em detrimento da instrução probatória, sua congênere, vez que inter-relacionadas, donde advirá todo um manancial de elementos capazes ou não de apontar, com a minudência que se exige para a confecção de um veredicto, em especial o condenatório, a descrição pormenorizada do modus operandi de qualquer dos agentes que concorreram para a prática delituosa objeto da lide penal.

Há de se repetir sempre, não possuir o ato judicial que confere admissibilidade meramente procedimental ao libelo acusatório, o próprio resultado do exame do mérito mesmo da imputação que emana do seu conteúdo. Isto seria concebível somente por fictícia antecipação processual, espécie de julgamento sumário de há muito proscrito de nossos diplomas normativos, pois importaria num prematuro julgamento em desfavor do denunciado, e não apenas a aceitação, para fins de verificabilidade a posteriori de sua procedência, de notícia-crime dirigida ao estado-juiz.

Assim, indícios de autoria e materialidade delituosas são reunidos pelo estado-acusador com o fito de ensejar ao órgão jurisdicional competente, num primeiro momento, o enfrentamento relacionado à questão de natureza técnico-procedimental de aferição da observância do preenchimento (ônus do órgão denunciante), dos requisitos formais de admissibilidade da acusação, conforme estipulado pelo art. 41 do Código de Processo Penal, para o seu ordinário processamento. Exame prévio este unicamente afeto ao impulso regular e oficial do procedimento acusatório, restando garantida a preservação da acusação até futura prolação da sentença. Desta forma, não se conjectura, nesse momento processual preliminar, acerca daquelas questões de fundo, dirigidas propriamente ao exame do mérito da imputação, dado se tratar de avaliação somente legal e processualmente cabível quando da apreciação de todos os elementos fático-jurídicos que detenham aferível força probante e que naturalmente emergirão durante o regular transcurso da fase muito bem denominada de cognição ou conhecimento.

Entendemos ser da própria essência dos crimes societários a patente dificuldade de se promover investigação prospectiva capaz de apontar, no íntimo e personalíssimo ambiente de gestão empresarial, a conduta levada a efeito por cada um dos seus dirigentes e controladores.

A individualização das condutas criminais, estabelecendo o vínculo

subjetivo dos administradores à prática da ilicitude atribuída aos mesmos, sempre ocultamente tramada e perpetrada no silêncio das indevassáveis instalações de seus escritórios, concorre para a necessidade de se transferir a especificação dos detalhes das condutas dos partícipes para a instrução probatória devendo, entretanto, ser a peça vestibular acusatória capaz de descrever satisfatoriamente a imputação regular do fato criminoso, apontando os episódios essenciais à sua configuração, descrevendo satisfatoriamente as respectivas condutas hipoteticamente consideradas ilícitas, em comunhão com o nexo de causalidade que resultou no evento lesivo, pois assim agindo o órgão acusador afastará qualquer invocação à caracterização da responsabilidade penal tão-somente objetiva.

E, realmente, não haverá de sequer se cogitar em responsabilidade penal objetiva, mormente quando indícios mínimos, porém precisos, de haver cada um dos administradores denunciados concorrido para o evento delituoso em causa integrarem, de forma satisfatória e inteligível, o libelo acusatório, ainda que este se mostre deficitário ao não exprimir exatidões quanto à indicação circunstanciada da presença dos elementos subjetivos que apontem o juízo de causalidade psíquica dos acusados e integrem os tipos criminais imputados, sendo bastante que reste inteligivelmente apontado o vínculo psicológico que os ligam ao resultado danoso.

O que deverá importar para a admissibilidade da peça introdutória nos delitos societários será a narrativa que possa exprimir, sem pretensão de exaurimento, mas com o mínimo de clareza e objetividade, a comunhão de desígnios provavelmente estabelecida entre os partícipes do crime e o nexo decorrente de suas ações com o resultado da prática delituosa.

Em verdade, será não apenas aceitável, mas encerrará plausível sustentabilidade jurídica, a peça acusatória que descreva, claramente, as condutas dos administradores empresariais que concorreram para o evento danoso, sem que prováveis lacunas nas imputações individualmente consideradas possam prejudicar o exercício constitucional das respectivas defesas dos acusados. Portanto, não se tomará por inepto o conjunto dos argumentos acusatórios que se revele capaz de descrever não apenas a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas, mas que assegure o estabelecimento de balanceado contraditório, dado que somente nesta fase a acusação apontará elementos probatórios suficientes para atingir a procedência da imputação formulada, mas não

necessariamente esgotar-se-á o acervo de provas justamente no início da ação penal, prematuramente, porquanto apenas com a instalação do contraditório é que aprofundar-se-á o exame dos fatos porventura ainda controversos, quanto à formação em definitivo da culpa dos denunciados.

Ressalve-se, entretanto, não se poder admitir que a mera participação como membro da administração da sociedade empresarial investigada seja, por si só, fator de responsabilização penal quando da formulação da denúncia em crimes societários.

Sabido que a imputação deverá ser dirigida a pessoa determinada, em razão do cometimento de fato ilícito específico e resultante de sua vontade, fazendo constar, ainda, o necessário nexo de causalidade entre a sua conduta e o resultado danoso e não, ao contrário, dirigida indistintamente a qualquer integrante do grupo de administradores, sócios ou gerentes da sociedade empresarial apenas em razão de constar formalmente suas atribuições gerenciais nos registros comerciais e estatutos sociais da empresa, sem qualquer vinculação efetiva com o evento delituoso, descaberá, então, dada a preponderância do princípio da culpabilidade pessoal sobre a responsabilização penal objetiva, admitir-se uma denúncia genericamente formulada contra todos os integrantes da direção da empresa, sem que sejam minimamente descritas suas efetivas participações. Neste sentido, o apropriado ensinamento de Renato Martins Prates, para quem

A par da divisão do trabalho que os atos constitutivos da sociedade revelam, há que se considerar também, como base indiciária da presunção que alicerça a imputação de crime constante da acusação, o proveito pessoal a ser auferido pelo sócio.

Assim, incumbe ao acusador público ou privado, ao formular a denúncia ou a queixa, imputar ao acusado um fato típico, demonstrando a base indiciária sobre a qual lança suas assertivas. É dizer, no caso dos crimes societários: se outros elementos não possuir, deverá ligar o fato criminoso à pessoa do acusado, em face da divisão de atribuições estabelecida no contrato social ou nos estatutos e do proveito pessoal que tal pessoa auferiria com o delito, demonstrando o que leva presumir a autoria.

É o mínimo que se requer para se ter como séria, e não temerária, a peça acusatória.

Tal presunção, contudo, com freqüência, não conduz, por si, desacompanhada de outras provas, à certeza necessária à

condenação. A responsabilidade civil firmada pelo contrato social ou pelos estatutos é indício, mas não prova perfeita, robusta e definitiva da responsabilidade criminal. É freqüente na vida negocial que a praxis da atuação da sociedade não se identifique com o que prescrevem seus atos constitutivos; que a atividade de cada sócio não se contenha nos limites do que restou formalizado no contrato societário. Assim, a presunção inicialmente estabelecida deve ser robustecida ao longo da instrução para viabilizar a condenação, que exige certeza, e não simples probabilidade da responsabilidade criminal. Da probabilidade à certeza, existe longo caminho a percorrer, sobretudo nas sociedades organizadas de forma mais complexa, com a divisão de trabalho e funções mais desenvolvida, nas quais, é certo, não é fácil penetrar a intimidade de seus negócios.

Deve-se concluir, que a presunção, neste caso, não importa em inversão do ônus da prova. Prossegue sendo ônus da acusação desincumbir-se da prova de autoria do delito ao longo da instrução processual, confirmando a presunção estabelecida na denúncia. Se não o fizer, a acusação não será exitosa, porque a probabilidade de autoria não se converte em certeza.

Daí porque entender-se recomendável, conquanto não imprescindível, que se realize antes da propositura da ação o inquérito, que indicará ao acusador elementos indiciários mais seguros, para além dos atos constitutivos da empresa, a firmar a responsabilidade criminal dos autores do delito<sup>1</sup>.

Ainda que se ressinta o órgão julgador de elementos conclusivos quanto ao efetivo grau de alcance de suas respectivas atuações no consórcio criminoso, bastante será atestar que a autoria e materialidade do delito restaram positivadas já à luz do acervo probatório preliminar que deverá acompanhar o libelo acusatório, etapa inicial da *persecutio criminis*.

Ao se calcar o hodierno Direito Penal no fenômeno da culpabilidade, com todas as expressões que emanam da capacidade volitiva do sujeito, visando identificar e aferir a responsabilidade pessoal, subjetiva, portanto única e intransferível do agente, singular e individualmente considerado quanto à sua vontade, não restará autorizado o detentor da ação penal pública a tão-somente restringir sua manifestação acusatória à descrição

<sup>1</sup> PRATES, Renato Martins. **Acusação genérica em crimes societários**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp.33-34.

objetiva do fato delituoso, de maneira descolada da imputação pessoal. Ao revés, ainda que de forma sucinta, as condutas havidas como praticadas em direção à perpetração do delito societário terão que ser, na medida do possível, minimamente delineadas, para justamente não atentar contra a garantia da amplitude do direito de defesa dos acusados.

Como lembrado, seriam inúmeras as dificuldades de se perscrutar o real ambiente nuclear da administração de uma sociedade empresarial, de onde efetivamente emanaram os principais e decisórios atos de comando e gerenciamento que levaram à consecução do delito societário, pois bem diverso daquele cenário meramente formal descrito nos estatutos e contratos sociais, deslocado da realidade factual da empresa. E dito empecilho reside, justamente, na impossibilidade de se promover qualquer denúncia alicerçada pura e simplesmente nos registros estatutários e demais atos constitutivos da empresa, porquanto ditos apontamentos registrares apenas podem representar relativa importância à persecutio, visto que limitados à indicação dos empresários detentores do controle societário da pessoa jurídica, incapazes de representar, obrigatoriamente, quaisquer atos de vontade de seus integrantes voltados à prática delituosa, a ponto de fundamentar imputação de natureza pessoal da conduta descrita no tipo penal societário específico.

Em verdade, a mera condição formal de sócio, gerente, diretor, controlador, etc., da sociedade empresarial não deverá representar, por si só, requisito de admissibilidade de imputação alguma de cometimento de ilícito societário, sem que o mínimo de demonstrabilidade da participação dos agentes na consecução do delito, a partir da condição de investidos em quaisquer cargos ou funções no corpo da administração da empresa, reste positivada e aponte ao menos para a existência de indícios de autoria e materialidade criminosas, suficientemente capazes de descrever, ainda que sucintamente, a provável concordância de vontades e potencial consciência da ilicitude dos denunciados, reveladas no agir do consórcio delituoso.

### **3. A DENÚNCIA COMO PROPOSTA DE PROVA NOS CRIMES SOCIETÁRIOS**

O caput do art. 11, da Lei nº 8.137/90, dispõe que “Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes

definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

Sabe-se que a responsabilidade penal há de ser subjetiva, não havendo que se falar, em se tratando de matéria penal, de culpa presumida, não sendo diferente no espectro dos crimes contra a ordem tributária, porquanto elementar dos seus tipos é sempre o dolo, como elemento subjetivo dos injustos elencados na Lei nº 8.137/90.

Ora, nem sempre a aferição positiva e extreme de dúvidas do grau de culpabilidade de cada um dos agentes que perpetraram crimes societários é, de plano, confirmada e estabelecida logo na peça inaugural de uma ação penal que se quer ver instaurada para comprovação de suas participações delituosas.

O mero juízo de admissibilidade da denúncia jamais poderá ser confundido com o julgamento, em definitivo, do merecimento mesmo da imputação, esta somente inteiramente enfrentada, em todos os seus aspectos, finda a instrução processual com a prolação da sentença ou, para expressiva corrente que invoca o princípio constitucional da presunção de inocência, após o trânsito em julgado da sentença condenatória ou absolutória lançada no feito criminal.

O fato de a peça acusatória, por vezes, revestir-se de uma formatação inacabada, provisória e, portanto, não conclusiva acerca da imputabilidade dos agentes, e desde que não discrepante das formalidades essenciais exigidas no art. 41 do Código de Processo Penal (“A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.”), não haverá como, entendemos, ser rechaçada por inépcia, ao açodado argumento de encerrar acusações de ordem genérica, levando-se em conta, quanto aos crimes societários, a imensa dificuldade de se desvendar, ab initio, todas as espécies de categorias e modalidades de condutas criminosas, a revelar, satisfatória e imediatamente, a culpabilidade dos denunciados.

Nesse sentido, colha-se o importante magistério de Roberto dos Santos Ferreira, para quem

A denúncia, como peça fundamental da ação penal pública, deve conter em sua parte descritiva, como já dito, todos os elementos componentes do tipo penal, bem como todas as circunstâncias

juridicamente relevantes. Circunstâncias estas que tanto podem implicar o aumento gradativo da reprimenda quanto servir ao exame, em tese, da ilicitude e culpabilidade da conduta descrita. A descrição do fato, portanto, é o elemento imprescindível da imputação.

A qualificação jurídica dada aos fatos na denúncia, porém, afigura-se meramente provisória, pois o juiz pode entender, no momento da sentença, à luz de todo o conjunto probatório, que os fatos deduzidos pelo Ministério Público subsumem-se a outro modelo legal, merecendo, pois, nova qualificação jurídica, consoante dispõe o art. 383 do CPP. A bem da verdade, a descrição fática de uma conduta típica é formulada segundo os elementos que encerram o conjunto probatório no momento da denúncia. Assim, a imputação feita na denúncia apresenta-se como provável, eis que alicerçada em um contexto probatório mínimo, do qual inferem-se indícios de autoria e materialidade; a certeza, por força do princípio da presunção de inocência, de sede constitucional, somente ocorrerá após o trânsito em julgado da sentença penal. De tal sorte, a denúncia, como peça acusatória, apresenta-se como uma proposta de prova, pois a partir dela o Ministério Público propõe-se demonstrar que os fatos passaram-se da forma como enunciados. Assim sendo, descabe ao juiz, quando do exame preliminar da denúncia, uma análise detida do conjunto probatório mínimo que serviu de supedâneo à mesma, como se estivesse pronunciando uma decisão de mérito<sup>2</sup>.

Assim, pela plausibilidade da argumentação suso transcrita, torna-se-ia possível a narração genérica do fato concebido como delituoso, sem se descrever, minuciosamente, a conduta de cada um dos supostamente envolvidos, até mesmo porque a inaugural poderá ser emendada até a sentença condenatória.

Ainda que a denúncia opere uma descrição genérica mas, todavia, suficiente a possibilitar a defesa dos denunciados, não há como se cogitar da ocorrência de nulidade da ação penal, na medida que, embora de forma concisa, descreve os fatos atribuídos aos acusados, atingindo o objetivo de possibilitar aos mesmos a ciência acerca de qual ou quais os fatos está sendo acusado cada demandado, para fins de exercitar as suas prerrogativas legais afetas à ampla defesa.

---

<sup>2</sup> FERREIRA, Roberto dos Santos. **Crimes contra a ordem tributária**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 125-126.

Como já dito antes, nos ilícitos praticados em co-autoria, como se revela a praxe nos delitos tipificados na Lei nº 8.137/90, só a instrução criminal poderá esclarecer quem concorreu ou participou da empreitada criminosa, na linha dos fatos típicos descritos na inicial que, a partir do seu oferecimento, busca pronunciamento judicial bastante a confirmar os fatos ali expostos, não necessariamente em idêntica forma como foram explicitados.

A alegação de inépcia da denúncia não terá que ser acolhida quando decorrer de elaboração consonante com o art. 41 do Código de Processo Penal, consubstanciada, por exemplo, em documentação idônea e apta à promoção da ação penal, havendo suficiente descrição das condutas dos denunciados, imputando-se-lhes o cometimento de ação típica, de forma a permitir aos mesmos, por conseguinte, o exercício do direito de defesa.

A propósito da necessidade de salvaguardar, desde o início da ação penal, o direito de defesa dos denunciados, registre-se o magistério de José do Espírito Santo Domingues Ribeiro, ao admitir que

O réu encontrará no fato descrito na peça acusatória os elementos indispensáveis para preparar sua tese defensiva, por isso que o importante na denúncia ou na queixa é a descrição correta e inuvidosa do fato e não a classificação jurídica dada ao fato, pois essa pode ser alterada pelo juiz, porém o fato jamais poderá ser mudado ou alterado. Assim, sabendo o réu, de antemão, que a sentença se aterá exclusivamente no fato, fará com segurança a sua defesa sem medo de ser pego de surpresa. Por isso, o fato narrado de maneira dúbia, inconcisa, acarretará, por certo, prejuízo à defesa<sup>3</sup>.

Como já antes foi mencionado, não se pode exigir da peça inaugural de um complexo iter procedimentalis, a certeza que se espera de um julgamento do mérito da acusação, forjado com base em todo um confronto dialético de provas produzidas de parte a parte. Frise-se, também nesse particular, a convicção de Benedito Roberto Garzia Pozzer, ao arrematar que

---

<sup>3</sup> RIBEIRO, José do Espírito Santo Domingues. **A denúncia e suas nulidades**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 25, *apud* POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre Acusação e Defesa no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: IBCRIM, 2001, p. 107.

A vinculação do julgador aos fatos imputados só pode ser constatada na sentença, quando irá expor os fatos, determinantes de seu convencimento, para absolvição ou condenação. É comparando os fatos denunciados – desde o início da propositura da ação penal ou mediante emenda ou correção da acusação, a ser procedida pelo aditamento da denúncia ou queixa – com aqueles julgados, que será verificada a identidade entre ambos<sup>4</sup>.

#### 4. EXEMPLO DE MANIFESTAÇÃO DOUTRINÁRIA DIVERGENTE

A contrario sensu do que anteriormente trouxemos à baila, acerca de perspectiva voltada ao acolhimento da tese de viabilidade da denúncia que encerre descrição generalista dos fatos, restando para a instrução a apuração da individualização da conduta e dos perfis completos de culpabilidade de cada acusado, diverge o mais que consagrado tributarista Hugo de Brito Machado, da juridicidade atribuída ao que comumente se denomina denúncia genérica. Com efeito, conclui, em síntese, o renomado jurista e professor, que:

1º) Nos crimes contra a ordem tributária, a descrição da participação de cada um dos acusados no cometimento delituoso é requisito essencial da denúncia, por imposição das garantias constitucionais do processo penal; 2º) Em se tratando de crime cometido por intermédio de pessoa jurídica, a responsabilidade penal dos dirigentes destas é na medida da culpabilidade de cada um, por força do que estabelece o art. 11 da Lei nº 8.137, de 27.12.90; 3º) Admitir a denúncia genérica é violar dispositivo expresso da lei, consagrando a responsabilidade penal objetiva, absolutamente inadmissível no Direito brasileiro: ou admitir a presunção de dolo, inadmissível em face da específica garantia constitucional da presunção de inocência; 4º) A denúncia genérica impõe maus tratos ao direito de defesa, especialmente no que concerne à produção de prova testemunhal; 5º) No curso da instrução pode ser feita a prova de circunstâncias consubstanciam a participação individual de cada acusado. A afirmação de tais circunstâncias, todavia, deve ser feita na denúncia; 6º) É inepta a denúncia que não descreve o fato delituoso com todas as suas

---

<sup>4</sup> POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Idem*, p. 109.

circunstâncias, e nos crimes de autoria coletiva a participação de cada acusado no cometimento delituoso <sup>5</sup>.

Ousamos, como já demonstramos anteriormente, dissentir, com todo o respeito, das posições defendidas pelo notável jurista cearense.

Como tentaremos demonstrar em tópico posterior, a jurisprudência dos tribunais superiores, a saber, do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Supremo Tribunal Federal – STF, vem se inclinando no sentido de que a denúncia, nos chamados crimes societários, a exemplo dos previstos na Lei nº 8.137/90, que dispõe acerca dos crimes contra a ordem tributária nacional, poderá conter narração genérica, não sendo necessária a individualização pormenorizada da conduta específica de cada agente dado que, a posteriori, as provas da autoria e da materialidade do ilícito restarão ou não sobejamente demonstradas nos autos, após criterioso exame de todo o arsenal probatório, a exemplo dos depoimentos testemunhais, laudos técnicos, documentos vários, etc., quando se aferirá o elemento subjetivo do injusto em espécie, provando se os acusados tinham ou não consciência do caráter ilícito de suas condutas, concorrendo voluntária e dolosamente para a prática delituosa.

Dizer-se, pura e simplesmente, inepta a denúncia que descreve, ainda que sucintamente, especificidades da conduta e dos fatos que levaram ao cometimento de algum dos crimes tipificados na Lei nº 8.137/90, é olvidar a própria natureza peculiar dos crimes contra a ordem tributária, geralmente de autoria coletiva, nos quais os detalhes operacionais do iter criminis ficam ocultos na intimidade do acerto dos denunciados, na comunhão de seus desígnios e propósitos venais, somente se revelando (e nem sempre), na instrução processual.

Sabido que o criterioso exame dos requisitos da denúncia, previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, decorre da necessidade de assegurar aos acusados o direito efetivo à ampla defesa (art. 5º, LV, CF), daí não se pode, contudo, exigir que o órgão acusador, principalmente em se tratando de crimes coletivos ou societários, apresente elementos conclusivos já no momento do oferecimento da denúncia, especificando com todos os detalhes a conduta de cada partícipe, com a individualização precisa da

---

<sup>5</sup> MACHADO, Hugo de Brito. A denúncia genérica nos crimes contra a ordem tributária. *In: Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Oliveira Rocha, v. 12, setembro/1996, pp. 27-36

atuação criminosa de todos os acusados de forma a permitir, rapidamente, a verificação da existência ou não de vínculo entre eles e o fato delituoso.

Basta, entendemos, que sejam revelados na denúncia - atendidas as formalidades do art. 41 do CPP, aparelhada em suporte probatório mínimo -, os imprescindíveis indícios de autoria e de materialidade delitivas, para que se tenha como regular o exercício da ação penal, a partir da descrição, ainda que sucinta, do fato criminoso, a possibilitar aos acusados conhecimento pleno do fato delituoso que lhes é imputado, permitindo-se-lhes a ampla defesa.

Como se presume do direcionamento da jurisprudência hodierna do STJ e STF, será tida como imputação regular de fato criminoso, tratando-se de crime societário, quase sempre de autoria plúrima, a denúncia que contenha descrição de forma clara, desvelando os eventos essenciais componentes das condutas que possam assumir tipicidade, ainda que sem maiores pormenores da especialização do comportamento criminoso de cada imputado.

Já dissemos que a denúncia trata de um juízo de suspeita de prática e autoria delituosas e não em juízo de certeza, razão pela qual não pode ser rejeitada, qual antecipação indevida do julgamento do mérito da acusação, em fase processual de mera admissibilidade, portanto de cognição indiscutivelmente precária, mormente nos crimes societários, em virtude da difícil individualização inicial das condutas, impondo-se, por tais motivos, o deslocamento da apuração, em sua completude, para a instrução criminal.

A par de tais impossibilidades, poderá a inicial acusatória, obviamente, descrever genericamente a participação dos agentes desde que, frise-se, não reste inviabilizada a ampla faculdade do exercício do direito de defesa. Do contrário, poder-se-ia presumir que, em todos os crimes de autoria coletiva, principalmente naqueles sem indicação de testemunhas, e muito menos não havendo confissão, neles a impunidade encontraria guarida certa, dada a impossibilidade de nem sempre haver farta disponibilidade de elementos probantes suficientemente capazes de garantir a particularização da atuação de cada um dos partícipes.

## **5. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL PREDOMINANTE**

Como já fora referenciado no curso destas considerações, toma vulto a tendência de os tribunais superiores, Superior Tribunal de Justiça - STJ

e Supremo Tribunal Federal - STF, sedimentarem seus posicionamentos no sentido de conferir aceitabilidade à hipótese de oferecimento de denúncia, em crimes de natureza societária, sem que seja obrigatoriamente promovida a individualização pormenorizada da conduta de cada um dos denunciados conluídos para a perpetração dos ilícitos previstos na Lei nº 8.137/90.

Portanto, desde que observado o preenchimento das condições formais mínimas estipuladas no art. 41 do Código de Processo Penal, para fins de possibilitar o exercício do direito de defesa dos acusados, dever-se-á, por conseguinte, ser conferida aceitabilidade à peça inaugural acusatória, visto que o processo penal, de tipo acusatório, repele, por ofensivas à garantia da plenitude de defesa e ao princípio da individualização das penas, quaisquer imputações que se mostrem totalmente indeterminadas, vagas, contraditórias, omissas ou ambíguas, dado que a imputação penal formulada através desses irregulares parâmetros, além de importar em autêntica transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado, qualifica-se como causa de nulidade processual absoluta.

Eis, portanto, a título de ilustração, alguns precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que guardam consonância com a posição antes referenciada, senão vejamos:

**CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DENÚNCIA GENÉRICA EM CRIME SOCIETÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INQUÉRITO POLICIAL. DENÚNCIA EMBASADA EM PEÇAS DE INFORMAÇÃO. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA (ART. 9º DA LEI Nº 10.684/03). PARCELAMENTO DO DÉBITO NÃO COMPROVADO.**

O trancamento de ação penal só é possível na estreita via do habeas corpus quando não demandar dilação probatória, restando inequívoco que o fato criminoso não existiu ou que o Paciente não é seu autor; **Não é inepta a denúncia que, conquanto não individualize a conduta de cada um dos imputados, em hipótese de crime marcado por pluralidade de agentes, permita perfeita compreensão da imputação e abre oportunidade à ampla defesa. Isto não importa violação ao princípio do nullum crimen sine culpa.**

O inquérito policial não é essencial para oferecimento da denúncia quando peças de informação são suficientes para a formação da opinio delicti do Ministério Público.

A suspensão da pretensão punitiva requer que o contribuinte esteja incluído em programa de parcelamento nos termos do art. 9º da Lei nº 10.684/03. Para tanto, indispensável trazer aos autos a prova pré-constituída do direito postulado para conhecimento da impetração. Precedentes deste STJ e do STF.

Writ denegado<sup>6</sup>. (grifo nosso)

**CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. REDUÇÃO INDEVIDA DE ICMS MEDIANTE FRAUDE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALHAS NÃO-VISLUMBRADAS. POSSIBILIDADE DE DENÚNCIA GENÉRICA. DESPACHO QUE RECEBE A PEÇA ACUSATÓRIA. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM DENEGADA.**

**I. Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa dos acusados, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP – o que não se vislumbra in casu.**

**II. Tratando-se de crimes de autoria coletiva, de difícil individualização da conduta de cada participante, admite-se a denúncia de forma mais ou menos genérica, por interpretação pretoriana do art. 41 do CPP. Precedentes.**

**III. O despacho que recebe a denúncia prescinde de fundamentação.**

Precedentes do STJ e do STF.

**IV. Ordem denegada<sup>7</sup>. (grifo nosso)**

**HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INCARACTERIZAÇÃO.**

**1. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do**

<sup>6</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. HC nº 32.233-SP. Relator: Ministro Paulo Medina. Decisão unânime. Brasília, 07.06.05. DJ de 01.08.05, p. 564.

<sup>7</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. HC nº 39.360-MG. Relator: Ministro Gilson Dipp. Decisão unânime. Brasília, 03.03.05. DJ de 28.03.05, p. 300.

conjunto fático-probatório, evidenciar-se atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.

**2. Tratando-se de crimes de autoria coletiva, de difícil individualização da conduta de cada participante, admite-se a denúncia de forma mais ou menos genérica, por interpretação pretoriana do art. 41 do Código de Processo Penal.**

3. Ordem denegada<sup>8</sup>. (grifo nosso)

PENAL E PROCESSO PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO, CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1 - No que diz respeito à necessidade de conclusão do procedimento administrativo para o oferecimento da denúncia nos crimes contra a ordem tributária, observa-se que a matéria não foi examinada pelo Tribunal de origem, não podendo esta Corte enfrentá-la, sob pena de supressão de instância.

2 - Quanto à alegada inépcia da denúncia, não vejo como reconhecê-la, pois **a peça acusatória atende aos requisitos do art.41 do CPP, descrevendo todos os elementos indispensáveis à persecução penal, sendo evidente a tipicidade dos fatos ali narrados, assim também a existência de indícios de autoria, bem como da materialidade dos crimes.**

3 - Não merece abrigo também a alegação de que a denúncia não descreve a conduta do paciente. Ao contrário do afirmado, a peça acusatória operou uma descrição suficiente dos comportamentos do paciente tidos como delituosos, possibilitando sua defesa sem qualquer dificuldade. **Ademais, esta Corte já firmou compreensão no sentido de que nos crimes societários, ou de autoria coletiva, admite-se que a denúncia descreva a conduta dos acusados de forma mais ou menos genérica, desde que atribua a todos a prática delituosa e permita, por parte de cada um, o exercício da defesa.**

4 - **O trancamento da ação penal por falta de justa causa revela-se prematuro, dado que na via estreita do habeas corpus não é possível o exame aprofundado da prova, o que ocorrerá por**

<sup>8</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. HC nº 30.558-RS. Relator: Ministro Fontes de Alencar. Decisão por maioria. Brasília, 18.12.03. DJ de 22.11.04, p. 390.

**ocasião da sentença, quando se dirá se os delitos atribuídos ao paciente realmente ocorreram e se ele os cometeu.**

5 - Habeas corpus parcialmente conhecido e denegado<sup>9</sup>. (grifo nosso)

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. **CRIME TRIBUTÁRIO**. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. **IMPUTAÇÃO GENÉRICA**. **CRIME SOCIETÁRIO**. ATIPICIDADE.

1. A instância penal, em se tratando de delito tributário, independe da instância administrativa.

2. **Em faltando à Acusação Pública, no ensejo do oferecimento da denúncia, elementos bastantes ao rigoroso atendimento do seu estatuto formal (Código de Processo Penal, artigo 41), principalmente nos casos de crime coletivo ou societário, é válida a imputação genérica do fato-crime, sem a particularização das condutas dos agentes, co-autores e partícipes, admitindo, como admite, a lei processual penal que as omissões da acusatória inicial possam ser supridas a todo tempo, antes da sentença final (Código de Processo Penal, artigo 569).**

3. O núcleo comissivo, em que se essencializa a conduta tipificada no inciso I do artigo 1º da Lei nº 8.137/90, em nada se identifica com incomprovação da necessidade de utilização de automóvel à atividade da empresa ou violação de limite legal de dedução de despesas com royalties em declaração de imposto de renda.

4. Não exurgindo, da letra da denúncia, a tipicidade dos fatos atribuídos ao paciente, é de se trancar a ação penal, máxime se o paciente não firmou a declaração de imposto de renda, em que teriam sido lançadas as deduções, impondo-se reconhecer que se viu denunciar exclusivamente pela sua posição na pessoa jurídica.

5. Ordem concedida<sup>10</sup>. (grifo nosso)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. **CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**. DENÚNCIA. INÉPCIA. **CRIME SOCIETÁRIO**. **INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS**. **DESNECESSIDADE**. **AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO**

<sup>9</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. HC nº 33.232-MS. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Decisão unânime. Brasília, 24.06.04. DJ de 22.09.04, p. 336.

<sup>10</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. HC nº 21.930-RJ. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Decisão por maioria. Brasília, 21.10.03, DJ de 15.12.03, p. 404.

**AO DIREITO DE DEFESA. ACUSADO MAIOR DE 70 ANOS. PRESCRIÇÃO.**

I - Resta sem objeto o recurso contra o recorrido Dirceu, uma vez verificada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

II - **Não há inépcia da denúncia que, ao imputar a prática de delito societário aos acusados, deixa de individualizar pormenorizadamente a conduta de cada um deles, mas fornece dados suficientes à admissibilidade da acusação, permitindo a adequação típica (Precedentes).** Recurso provido, em relação ao recorrido Edgard. Declarada extinta a punibilidade em relação ao réu Dirceu<sup>11</sup>. (grifo nosso)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINARIO EM 'HABEAS CORPUS'. ART. 105, INCISO II, LETRA "A", DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. **CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTARIA.** TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INEPCIA DA DENUNCIA.

**CRIME DE AUTORIA COLETIVA.** REEXAME DE PROVAS. IMPROVIMENTO.

I - **Nos denominados crimes de autoria coletiva, é lícita a narrativa generica do delito, sem que tolha, evidentemente, o exercicio da defesa. no caso em tela, a peça acusatoria permite o exercicio da defesa.**

II - O âmbito restrito do 'habeas corpus' não se presta ao exame pretendido pelos recorrentes, o qual deve ser aprofundado e não superficial, e vai ser feito no fluir da instrução criminal.

III - Recurso improvido<sup>12</sup>. (grifo nosso)

Em sentido análogo, os precedentes do Supremo Tribunal Federal – STF, adiante colacionados:

1. Habeas Corpus. **Crimes contra a ordem tributária (Lei no 8.137, de 1990). Crime societário.** 2. **Alegada inépcia da denúncia, por ausência de indicação da conduta individualizada dos acusados.** 3. **Tratando-se de crimes**

<sup>11</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. RESP nº 221.723-SP. Relator: Ministro Félix Fischer. Decisão unânime. Brasília, 28.06.01, DJ de 20.08.01, p. 512.

<sup>12</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. RHC nº 3.382-SC. Relator: Ministro Pedro Aciofi. Decisão unânime. Brasília, 24.05.94, DJ de 20.06.94, p. 16.126.

**societários, não é inepta a denúncia em razão da mera ausência de indicação individualizada da conduta de cada indiciado. 4. Configura condição de admissibilidade da denúncia em crimes societários a indicação de que os acusados sejam de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos.** Precedentes (HC nº 80.812-PA, DJ de 05.03.2004; RHC nº 65.369-SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27.10.1987; HC nº 73.903-CE, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 25.04.1997; HC nº 74.791-RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 09.05.1997; e RHC nº 59.857-SP, Rel. Min. Firmino Paz, DJ de 10.12.1982). 5. No caso concreto, a denúncia é apta porque comprovou que todos os denunciados eram responsáveis pela representação legal da sociedade comercial envolvida. 6. Habeas corpus indeferido<sup>13</sup>. (grifo nosso)

**HABEAS CORPUS. CRIME SOCIETÁRIO. DENÚNCIA GENÉRICA. ALEGAÇÃO DE QUE A INICIAL ACUSATÓRIA NÃO ATENDERIA O DISPOSTO NO ART. 41 DO CPP, BEM COMO DE NÃO PARTICIPAREM OS PACIENTES DA ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA. Reiterada a jurisprudência do STF de que, “nos crimes societários, não se faz indispensável a individualização da conduta de cada indiciado, discriminação essa que será objeto da prova a ser feita na ação penal”** (HC 65.369, Rel. Min. Moreira Alves). Precedentes. Tal entendimento vem sendo abrandado, havendo decisões no sentido de exigir-se, na denúncia, a descrição mínima da participação do acusado, a fim de permitir-lhe o conhecimento do que de fato lhe está sendo imputado e, assim, garantir o pleno exercício de seu direito de defesa (cf. os HCs 80.219 e 80.549). Mesmo essa última orientação -- que convence o relator -- não dispensa o exame da validade da denúncia sob a ótica de cada processo. **Patente, no caso, que a peça acusatória preenche os requisitos minimamente necessários a dar início à persecução penal, portando consigo elementos suficientes para que os acusados conheçam os fatos que lhes estão sendo imputados e possam deles se defender. Ausência de justa causa não caracterizada**, na medida em que os próprios documentos juntados pelos impetrantes desmentem a alegação de que os pacientes não participavam da administração da empresa,

---

<sup>13</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. HC nº 86.294-SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Decisão por maioria. Brasília, 27.09.05, DJ de 03.02.06, p. 00089.

à época dos supostos delitos. Habeas corpus indeferido<sup>14</sup>. (grifo nosso)

**HABEAS-CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTARIA. CRIME DE AUTORIA COLETIVA OU CONJUNTA: EXPORTAÇÃO DE MADEIRA SERRADA DE “PINUS ELLIOTTII” COMO SE FOSSE “PALLETS”, PARA DESFRUTE DA IMUNIDADE DO ICMS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL: INEPICIA DA DENUNCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA.** 1. **A denúncia, nos casos de crimes de autoria coletiva ou conjunta, em especial nos delitos praticados em sociedade, pode conter narração generica dos fatos, sem especificação pormenorizada da conduta de cada agente, desde que não prejudique o direito de defesa, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao art. 41 do C.P.P. No caso, a denúncia não é inepta porque descreve o fato típico com as principais circunstancias, contem os requisitos legais e permite o exercício do direito a ampla defesa; não ofende a lei, nem é obscura ou contraditória.** 2. Pedido de “habeas-corpus” que não indica quais os sócios responsáveis pela operação impugnada, a fim de excluir os que são a ela alheios. 3. **Quando há, em tese, fato penalmente típico e indícios de autoria razoavelmente demonstrados e superficialmente comprovados, há justa causa para a ação penal, onde o órgão acusador deve provar os fatos e a culpa dos denunciados.** Entretanto, se em 9 precedentes com decisões administrativas favoráveis a empresa ficou entendido que os produtos, pelas suas dimensões, são “pallets” de “pinus elliottii” e que, por não constarem da lista de produtos semi-elaborados, são considerados produtos industrializados imunes do ICMS nas exportações, art. 155, X, “a”, da Constituição, há razão suficientemente relevante que abala a justeza da causa patrocinada contra os pacientes. “Habeas-corpus” conhecido e deferido para determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa<sup>15</sup>. (grifo nosso)

<sup>14</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. HC nº 83.369-RS. Relator: Ministro Carlos Britto. Decisão unânime. Brasília, 21.10.03, DJ de 28.11.03, p. 00015.

<sup>15</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. HC nº 71.788-SC. Relator: Ministro Paulo Brossard. Decisão unânime. Brasília, 20.09.04, DJ de 04.11.04, p. 29.830.

## 6. CONCLUSÃO

Em tempos atuais, não mais se contesta o altíssimo grau de lesividade que a criminalidade macroeconômica impõe à ordem social e econômica de um país, notadamente em se tratando de um estado historicamente marcado por toda a sorte de desigualdades como o Brasil.

Leis que se apresentam havendo sido concebidas através de precária técnica legislativa, somente oportunizam a sonegação das divisas de nosso estado, porquanto descompassadas do *modus operandi* dos grandes sistemas de corrupção cronicamente instalados nos mais diversos segmentos produtivos da nação, inclusive com sólidas bases e ramificações em importantes estruturas institucionais da gigantesca máquina administrativa nacional.

Todo um cenário que fomenta o crescimento descontrolado de organizações criminosas, muitas vezes formal e legitimamente constituídas sob disfarces múltiplos, inalcançáveis por frágeis mecanismos legais que não prevêm as criminosas nuances que derivam do atuar dos seus “empresários”.

Fato é que, sobre este estado deplorável de coisas que aponta para a quase falência institucional dos meios persecutórios de combate à espécie de criminalidade tão diferenciada e com potencial de lesividade extraordinariamente imensurável - tamanha a sofisticação de seus meios para a obtenção de vantagem ilícita -, gravitam interesses econômicos escusos de uma magnitude tão assustadora que, por não atingirem diretamente, ou seja, não se deixarem mostrar perante os grandes contingentes populacionais, ou mesmo por não serem facilmente perceptíveis ao homem médio, a exemplo dos crimes comuns de furto, roubo e homicídio, encontram terreno fértil para a sua instalação e atuação em números cada vez mais preocupantes.

É que o aparelhamento estatal de repressão aos denominados “crimes do colarinho branco” mostra-se insuficiente a partir não apenas da precariedade da sua logística e do alto grau de corrupção capitaneada por muitos de seus agentes públicos e políticos, mas a começar mesmo pela mais que complacente legislação que regula os tipos penais específicos e as modalidades de proceduralização da *persecutio tendentes*, portanto, ao favorecimento institucionalizado do não recolhimento de tributos no prazo

devido e do desvio sistemático de recursos públicos, além de inúmeras modalidades de sonegação e evasão fiscais, levando Luciano Feldens a expor, através de apropriadas colocações, que

A organização protagonizada em torno dessas infrações decorre de uma planificação que expande tentáculos sobre toda ordem de fatores a ela relacionados. Assim desde o forte poder de influência sobre a produção legislativa, desencadeada por meio de poderosos lobbies atuantes junto ao respectivo poder de Estado, verifica-se uma agregação das corporações econômicas no sentido de planejar o delito de forma tal que a conduta ostente, em si, um 'ar de licitude', a fim de que em absoluto transpareça a ilegalidade. Assim se verifica, por exemplo, no exercício de práticas colusivas, como o concerto de preços entre os concorrentes decorrente de uma ação formadora de cartéis, ou, no plano do delito fiscal, no estabelecimento de uma cadeia de operações contábeis 'perfeitas', ainda que sem lastro no mundo fático, propiciadas pelo atuar conivente de instituições financeiras.

Enfim, essa rede altamente intrincada aonde se aloja o crime do 'colarinho branco', a traduzir, não raramente, um rol de operações disfarçadas que, isoladamente consideradas, poderiam não evidenciar ilicitude alguma, mas que unidas em torno do fim a ser alcançado não deixam dúvidas quanto à prática delitativa, passa ao mais incauto cidadão comum – ou ao próprio juiz – uma idéia de legal business.

Esse autêntico 'mimetismo delituoso' traz importantes efeitos na seara do Direito Penal, especificamente no campo da materialidade do delito. A perspicácia do juiz é fator imperioso, tanto na condução da ação penal quanto para o seu desfecho. Ora, hodiernamente, na senda da sociedade e do homem, evoluiu a criminalidade. Diferentemente do que ocorre em relação ao homicídio, por exemplo, hipótese em que até mesmo um analfabeto pode atestá-lo, bastando, a tanto, que tropece no cadáver estirado ao chão, nos crimes do 'colarinho branco' o exame de sua materialidade exigirá uma interpretação assaz diferente daquela que se faz em torno da criminalidade comum.

A complexidade dos fatos contamina, inexoravelmente, a legislação tendente a regulá-lo, a qual, a partir disso, traz consigo os efeitos dessa complexidade. Se não receberem (os

delitos) uma atenta compreensão, a imprecisão daí decorrente gera perplexidade e indefinição<sup>16</sup>.

## 7. REFERÊNCIAS

FELDENS, Luciano. Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERREIRA, Roberto dos Santos. Crimes contra a ordem tributária. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. A denúncia genérica nos crimes contra a ordem tributária. In: Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, Oliveira Rocha, v. 12, setembro/1996.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. Correlação entre Acusação e Defesa no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: IBCRIM, 2001.

PRATES, Renato Martins. Acusação genérica em crimes societários. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RIBEIRO, José do Espírito Santo Domingues. A denúncia e suas nulidades. Rio de Janeiro: Aide, 1992, apud POZZER, Benedito Roberto Garcia. Correlação entre Acusação e Defesa no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: IBCRIM, 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível a partir de: <[www.stj.gov.br/SCON/](http://www.stj.gov.br/SCON/)>. Acesso em 10.jul.2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível a partir de: <[www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp)>. Acesso em 10.jul.2006.

---

<sup>16</sup> FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 146-147.

# APRIMORANDO AS ATIVIDADES DA SECRETARIA ADMINISTRATIVA DA JUSTIÇA FEDERAL EM PERNAMBUCO ATRAVÉS DA CRIAÇÃO DA CONTROLADORIA

*Nathiene Alencar de Sá*

Mestre em Gestão Pública pela Universidade Federal de Pernambuco  
Pós-Graduada em Gestão Judiciária pela Faculdade Maurício  
de Nassau/ESMAPE  
Pós-Graduada em Administração Escolar pela Universidade Federal  
Rural de Pernambuco

*Tânia Campinho dos Santos*

Mestre em Gestão Pública pela Universidade Federal de Pernambuco  
Pós-Graduada em Gestão Judiciária pela Faculdade Maurício de Nassau/  
ESMAPE  
Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ  
Servidora técnico-judiciária da Justiça Federal em Pernambuco.

**RESUMO:** No trabalho, se faz uma breve discussão sobre as teorias do Agenciamento, Institucional e Contingencial e os tipos de controle interno (Auditoria, Ouvidoria, Corregedoria e Controladoria), abordando como eles funcionam na Justiça Federal em Pernambuco. Ao final, apresenta-se uma sugestão de atuação de uma nova reestruturação para Controladoria da Seção Judiciária de Pernambuco, na qual ela atuaria sobre dois focos: como prevenção e auxílio à gestão.

**Palavras-chave:** Controle Interno. Controladoria. Justiça Federal. Teoria do Agenciamento.

**SUMÁRIO:** Introdução. Teoria do Agenciamento. Teoria Institucional. Teoria Contingencial. 1. Tipos de Controle Interno: Previsão Legal. 1.1. Auditoria: Conceitos e Formas de Atuação. 1.2. Ouvidoria. 1.3. Corregedoria. 1.4. Controladoria. 1.4.1. Principais atribuições da Controladoria. 2. Projeto de criação de uma Controladoria na Justiça Federal em Pernambuco. Estrutura de Controladoria na Justiça Federal. Conclusão. Referências

## INTRODUÇÃO

Este trabalho se inicia com uma breve abordagem sobre três importantes teorias da administração pública: a teoria do agenciamento, teoria institucional e teoria contingencial e suas diversas nuances como formas de diagnosticar os embates que ocorrem dentro do serviço público.

Na tentativa de chegarmos à proposta final, passamos de forma sucinta por algumas das quatro espécies de Controle Interno: Auditoria, Ouvidoria, Corregedoria e Controladoria, enfatizando suas características e principais diferenças, como instrumentos de auxílio ao controle social.

Baseados na nossa experiência como serventuários do Judiciário, sugerimos a criação de uma Controladoria na JFPE, cujo principal objetivo seria instrumentalizar os métodos de trabalho jurídico-administrativos no intuito de viabilizar uma transparência entre os serviços prestados por este órgão do Poder Judiciário e o cidadão, na busca de uma gestão participativa, com clareza, qualidade no atendimento e melhorando a prestação do serviço ao usuário.

## TEORIA DO AGENCIAMENTO

Os relacionamentos que acontecem dentro do ambiente institucional são estudados através da Teoria do Agenciamento. Consideramos, aqui, o universo da organização como uma reunião de indivíduos, que buscam seus próprios interesses, sem perceber que, pela falta de comunicação e excesso de informação, finda por acarretar um prejuízo do interesse maior, qual seja, o interesse da própria instituição.

A teoria do agenciamento trata das diversas formas de relações entre os membros de uma organização, com foco nos interesses decorrentes do intercâmbio entre o principal e o agente. Os problemas desse relacionamento são abordados numa óptica de custos entre as relações e a possibilidade de minimizar esses custos, em face da aproximação das diferenças, na busca por atingir a conquista das metas institucionais.

Segundo Lima et all <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> LIMA, Aline Nast de et all. “Teoria da Agência e Governança Corporativa”. “IN Controladoria, um Enfoque na Eficácia Organizacional”, NASCIMENTO, Auster Moreira, REGINATO, Luciane (orgs). São Paulo: Atlas, 2007, p.76.

“os problemas de agência ocorrem sempre que o principal delegar o poder para o agente para que ele exerça as suas atividades na empresa. Isso gera para ele poder de barganha e prestígio, que podem ser revestidos em benefícios pessoais, contrariando os interesses da organização”.

A teoria do agenciamento enfoca a interação entre indivíduos, considerando o principal e o agente, na qual aquele busca atingir seus objetivos através do agente, utilizando o instrumento da delegação enquanto este se percebe detentor de informações precisas que só a ele competem e que são desconhecidas pelo principal, gerando, assim, inevitável conflito. Falta a sintonia necessária para melhor compreensão do processo de trabalho.

Podemos exemplificar, como sendo o principal, os diretores e gestores de ponta da instituição e, no lugar do agente, estaria o contingente de servidores. A prática reiterada das atividades desenvolvidas pelos serventuários os leva a dominar certos conhecimentos, passando à condição de detentores de informações as quais, necessariamente, não são passadas para os dirigentes. Os dirigentes (principal), por sua vez, na busca pela produtividade e alcance das metas estabelecidas, tendem a cobrar do servidor (agente) cada vez maior e melhores resultados, sem, contudo, haver análise de como esse resultado possa ser obtido, desconsiderando, portanto, as condições do agente e causando tumulto na consecução das metas.

A Teoria da Agência estuda a assimetria informacional decorrente das relações dentro da organização, na busca pela maximização dos resultados obtidos, através do empoderamento dos agentes, que ocorre pela capacitação das pessoas, com foco em atingir as metas estabelecidas, os objetivos traçados e o alcance das propostas institucionais.

Para tal, necessário se faz um aprimoramento da difusão do conceito de missão da organização, enfatizando a realização da visão empreendedora, propagando os valores institucionais, em que as ameaças e os pontos fracos devem ser reconhecidos e trabalhados para minimizá-los, com a consequente melhoria do desempenho e crescimento dos pontos fortes e oportunidades surgidas, através da comunicação e da troca de informações.

O processo de transformação das organizações passa pelo estudo da teoria do agenciamento como forma de aproximação dos conflitos, por se tratar de ferramenta importante que dá visão do relacionamento entre o agente e o principal, utilizando a consciência perceptiva, elaborando-se críticas às formas de relacionamentos diante da turbulência criada entre os agentes e os portadores da informação real, ante a dificuldade de colocar o

agente diretamente ligado à gestão.

O estudo dessa assimetria favorece a melhora do ambiente de trabalho, implica crescimento pessoal, aproximando as diferenças surgidas e permitindo maior produtividade.

Na visão de Adriana Andrade e José Paschoal Rosseti (2006)<sup>2</sup>, os agentes públicos (dirigentes) são executores outorgados, focados no domínio da gestão pública, através de decisões alocativas eficazes e o bem-estar coletivo. Os contribuintes (aqui, comparativamente, os servidores) são agentes principais, focados no retorno dos serviços prestados (atividades por eles desenvolvidas), proporcionados por bens e serviços públicos (resultados do trabalho executado). A relação de agência reflete as decisões que maximizam o interesse dos contribuintes (servidores) e, conseqüentemente, maximizam os interesses dos próprios gestores.

## TEORIA INSTITUCIONAL

Vejamos a definição de Rubens Filho<sup>3</sup> para a Teoria Institucional:

“A teoria institucional considera que os atores agem segundo padrões socialmente construídos e compartilhados, e que os mecanismos institucionais – coercitivos normativos e miméticos – conformam seu comportamento. Esta teoria tem como base analítica a forma como regras e procedimentos são incorporados pelas organizações segundo a premissa maior que essa incorporação ocorre como uma busca de legitimidade frente aos ambientes externo e interno através de processos de isomorfismo”.

Assim, podemos entender que esta teoria analisa o comportamento das instituições de forma comparada com outras similares, através das quais existe uma tentativa de assimilação e aprendizagem, chegando a tomar a forma da outra instituição através do isomorfismo.

Vivemos numa crescente necessidade de harmonizar as relações sociais, através de princípios éticos e organizacionais, incrementando o

---

<sup>2</sup> ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. “**Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**”. 2. ed., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006, p.553

<sup>3</sup> FONTES Fº, Joaquim Rubens. “**Governança Organizacional Aplicada ao Setor Público**”. VIII Congresso Internacional Del CLAD sobre La Reforma Del Estado y de La Administración Pública, Panamá, 28-31 Oct. 2003. Endereço Eletrônico: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047108.pdf>. Acesso: 04/08/07.

agencialismo. Nessa teoria, há um enfoque direto na confiança, estudando a melhoria do processo administrativo, detectando o problema e propondo soluções, rumo à governança corporativa.

Podemos dizer que a utilização da teoria institucional leva à limitação do gestor, através da sua capacitação, toda focada na submissão do seu poder decisório em nome dos conceitos organizacionais já estruturados, reduzindo a assimetria detectada na teoria do agenciamento. Criando a institucionalização, criamos paralelamente verdadeira liberdade da organização, que passa a ter independência própria, possibilitando sua sustentação através das mudanças operacionais decorrentes da constante mudança do mundo moderno e a notória rotatividade dos personagens que compõem a liderança das instituições.

A teoria institucional fortalece o sistema, na busca de solidificar os conceitos mais íntimos da empresa, firmando o caminho a ser traçado, sem a premente intervenção das políticas pessoais adotadas pelos gestores que se encontram nos altos cargos de direção. Reforçar a base organizacional é o enfoque institucionalista, protegendo a estrutura criada, com vista a sua própria sobrevivência.

Utilizando a capacidade de adaptação, conceitos são trazidos de outras organizações que colheram bons frutos gerenciais. Através desse instituto denominado de mimetismo, ocorre um ajuste de formas, contribuindo para o desenvolvimento e crescimento rápido, com segurança nos acertos e decisões a serem tomadas. Busca-se diminuir a capacidade decisória do principal (que, na óptica da teoria da agência seria o detentor do poder) em nome do fortalecimento da institucionalização do órgão, num processo de aperfeiçoamento. Sustenta-se a descentralização dos agentes, que passariam a dar uma contribuição mais operacional, nos limites dos dogmas institucionais fortalecidos, que são a base construtora da teoria institucional.

## TEORIA CONTINGENCIAL

A teoria contingencial se caracteriza por sua capacidade de se adaptar às mudanças do meio organizacional com o ambiente externo, buscando o equilíbrio e atingir os resultados, segundo o princípio da eficiência.

Vejam sua definição, na óptica de Motta (2001) <sup>4</sup>:

Por teoria da contingência se entende um conjunto de conhecimentos, derivados de diversos empreendimentos de pesquisa de campo, que procuraram delimitar a validade dos princípios gerais de administração e organização a situações específicas.

...

{.} Caracteriza-se por uma divisão de trabalho rígida, por uma nítida hierarquia de controle, pela concentração de autoridade de linha na cúpula administrativa, pela concentração de informações e de conhecimento no mesmo nível e pela valorização das comunicações e interações verticais entre superiores e subordinados.

Assim, o conceito de melhoria é focado na observação do somatório dos ambientes interno e externo da organização, fugindo da construção de paradigmas e havendo concentração no cuidado da análise daquele momento institucional, considerando-se as características sistêmicas que levaram àquela realidade.

Ao se considerar a teoria da contingência, a organização passa a ser vista como um sistema aberto, que está em constante interação com as relações sociais, permitindo mudanças oriundas do sistema externo à organização. Quer do ponto de vista interno, quer na visão externa, objetiva-se a composição de um processo de troca, crescimento, observação e consideração dos mecanismos interventores que podem criar soluções e gerar novos rumos à análise situacional da instituição.

No objetivo final deste artigo, podemos observar como a importância da criação de um sistema de monitoramento interno dentro da instituição pode contribuir para maior participação da sociedade na composição da Justiça, através da compreensão dos valores e problemas ali existentes.

E é com base nessas contingências (fatores externos tais como pressões sociais, competição territorial, estudo comparativo, forte atenção da mídia) que podemos aprimorar a eficiência institucional, estabelecendo uma política de relações com o usuário e outras organizações.

---

<sup>4</sup> MOTTA, Fernando C. Prestes. “Teoria das Organizações – Evolução e Crítica”. São Paulo: Pioneira, 2001, p.25 e 26.

Existe, portanto, uma franca relação entre o órgão público, sua forma de gerenciar e o ambiente externo, numa simbiose produtiva que gera eficiência, diminui a turbulência e auxilia na busca da solução para as fraquezas internas, numa troca onde inexistente a política do perde-e-ganha, com franco desenvolvimento da tecnologia (aí se incluindo a Tecnologia da Informação).

Saindo do absoluto e convivendo com as variáveis momentâneas, isso leva a instituição ao crescimento e interação com o ambiente, numa simbiose construtiva.

## 1. TIPOS DE CONTROLE INTERNO: PREVISÃO LEGAL

O Estado desempenha uma intensa atividade financeira – arrecadando, despendendo e administrando recursos financeiros, mas o desenvolvimento de toda essa atividade financeira não se dá diretamente pelo Estado, mas, sim, por meio de seus organismos – órgãos e entidades públicas – que são dirigidos e administrados por agentes públicos – políticos ou administrativos, e, para isso, há que se observar as formalidades, pois as Instituições, por determinação legal, têm o dever de prestar contas de sua gestão administrativa e financeira à sociedade.

Esta prestação de contas ocorre através da publicação das demonstrações contábeis e financeiras. É nelas que se reflete o trabalho de um período de gestão desenvolvido por seus administradores. No entanto, bem antes desta publicação final, existe um trabalho que deve ser feito, no tocante ao desenvolvimento e aperfeiçoamento dos mecanismos de controle interno para garantir o cumprimento dos princípios básicos da administração pública: Legalidade, Impessoalidade, Publicidade, Economicidade, Eficiência e Eficácia.

Esse tipo de controle envolve função inerente a toda atividade administrativa. Ele é interno quando a própria administração procede ao controle sobre os seus atos, decorrendo do poder hierárquico que a organiza. É o chamado autocontrole da Administração Pública, previsto no art. 74 da Constituição Federal.

Mas, anterior a esse artigo da constituição, a Lei Federal 4.320, de 17/03/64, por meio dos seus artigos 76 a 80, já previa esse controle da execução orçamentária visando a verificar: a legalidade dos atos, a fidelidade funcional dos agentes da administração, responsáveis por bens e valores

públicos, o cumprimento do programa de trabalho, expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços.

Em seguida, o Decreto Lei 200/67, que procedeu a Reforma Administrativa, também estabeleceu que “serão organizados sob a forma de sistema as atividades de pessoal, orçamento, estatística, administração financeira, contabilidade e auditoria, e serviços gerais, além de outras atividades auxiliares comuns a todos os órgãos da administração que, a critério do Poder Executivo, necessitam de coordenação central.” (art. 30 do Dec. Lei 200/67), procedendo, assim, a uma regulamentação necessária para a estruturação do sistema de controle interno.

Portanto, a Justiça Federal, por ser uma instituição permanente, também está obrigada a ter em sua estrutura administrativa uma área responsável pelo seu controle interno. E suas atribuições são especificadas nas Resoluções nº 13, de 03/06/92 e 17, de 30/09/92.

### **1.1. AUDITORIA: CONCEITOS E FORMAS DE ATUAÇÃO**

De acordo com a NBC T 12/CFC a

“Auditoria interna constitui um conjunto de procedimentos técnicos que tem por objetivo examinar a integridade, adequação e eficácia dos controles internos e das informações físicos, contábeis, financeiras, de recursos humanos e operacionais da Entidade”.

A auditoria governamental tem como finalidade comprovar a legalidade, legitimidade e avaliar os resultados quanto à economicidade, eficiência e eficácia da gestão orçamentárias, financeira e patrimonial nas unidades da administração direta e entidades supervisionadas da administração federal, bem como a aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

Entendemos que a Auditoria Interna poderá atuar de duas formas: verificando e assessorando. Verificando, ela poderá observar o cumprimento das normas e da lógica operacional dentro do horizonte presente e passado. Assessorando, cabe a ela demonstrar a existência ou não da correlação das atividades organizacionais entre diversas áreas ou setores da entidade dentro das visões presente e futura estabelecida em seu planejamento estratégico. Estando estas duas formas de atuação concatenadas e fluindo

naturalmente de forma preventiva ou *a posteriori*, cremos que tendem a ser evitadas situações tais como: não conformidades, erros, fraudes, duplicidade de funções ou tarefas, omissão de responsabilidades e falta ou inexistência de procedimentos.

Quando os trabalhos se limitam apenas à observação, acompanhamento e ao cumprimento dos princípios anteriormente descritos, para Gil (1999. p. 21) isto seria: “Auditoria Operacional que atua na revisão, avaliação e emissão de opinião quanto a processos e resultados no horizonte temporal passado e presente”<sup>5</sup>. E é assim que os trabalhos no âmbito das instituições públicas em sua grande maioria se pautam.

A Seção de Controle Interno, como é chamada na Justiça Federal em Pernambuco, tem atribuições de exame de processos administrativos da execução orçamentária e financeira, de diversos tipos como: folha de pagamento, diárias, ajuda de custo, substituições, indenizações, outras despesas variáveis, despesas de exercícios anteriores, auxílio (funeral-doença), outros serviços de terceiros, etc.; examinar os processos licitatórios em geral, bem como os contratos administrativos, consignando no relatório mensal as eventuais falhas detectadas; análise de procedimentos contábeis; exame dos programas de trabalho e elementos de despesa utilizados em relação à despesa empenhada; os eventos e a classificação da despesa liquidada contida nas Ordens Bancárias e etc.;

No nosso entendimento, a parte mais importante do trabalho da auditoria interna não é apontar simplesmente as não conformidades, eventuais falhas ou erros encontrados, pois isto é apenas uma parte do trabalho, sendo algo até certo ponto bastante limitado. O trabalho transcende e se reveste de maior importância quando a Auditoria Interna apresenta recomendações ou sugestões. Por não estar envolvida diretamente, de forma técnica ou “emocional”, com as atividades desenvolvidas na área sob análise, por vezes os auditores conseguem observar sob outros prismas a mesma questão, podendo, assim, sugerir ou recomendar alguma modificação que seja pertinente e aplicável. E, assim, a Auditoria Interna passa a agir de forma colaborativa e em parceria com as demais áreas e setores da instituição.

No entanto, reconhecemos que, além de atuar dentro deste conceito, é importante que se comece a disseminar internamente a implantação também daquilo que o próprio Gil (1999. p.21) chama de “Auditoria de

---

<sup>5</sup> GIL, Antonio de Loureiro, **Auditoria Operacional e de Gestão**. São Paulo, 4ª Edição, Editora Atlas, 1999.

Gestão, que atuaria na revisão, avaliação e emissão de opinião de processos e resultados no horizonte temporal presente e futuro”. Neste caso, segundo o nosso entendimento, trabalhando de forma concomitante com o previsto no planejamento estratégico.

Há diversas conceituações sobre Auditoria de Gestão. Para Jund (2002. p.110) “Auditoria de Gestão cumpre o exame e a avaliação sobre sistemas políticos, critérios e procedimentos utilizados pela empresa na sua área de planejamento estratégico, tático e, principalmente, no plano decisório”<sup>6</sup>.

Pela nossa compreensão, trata-se, neste caso, de um importante instrumento de controle do Estado na busca da melhor alocação de seus recursos, não só atuando para corrigir desperdícios, a improbidade, a negligência e a omissão, mas, principalmente, antecipando-se a essas ocorrências, buscando garantir os resultados pretendidos, além de destacar os impactos e benefícios sociais advindos.

A Auditoria de Gestão, pela sua natureza, pode ser prévia, de caráter preventivo, quanto subsequente, de caráter corretivo. Quando na constatação de caráter subsequente, age em sua forma mais convencional. Quando de caráter preventivo, antecipa-se e é propositiva, dando, assim, à auditoria uma feição mais contemporânea. No entanto, é necessário que fique claro que a estrutura e concepção de uma Auditoria de Gestão são complementares da Auditoria Operacional, pois ambas, na prática, utilizam-se de instrumental técnico bastante semelhante. Entretanto, existem algumas pequenas variações em seus procedimentos e formas de abordagens, uma vez que, enquanto a Auditoria Operacional age no vetor temporal passado/presente, a Auditoria de Gestão age no vetor presente/futuro, e age assim ao caracterizar pontos de controle em áreas sensíveis ou estratégicas, ao seguir técnicas lastreadas na óptica de montagem de cenários ou na realização de simulações quanto ao cumprimento dos objetivos da área, setor ou processos sob análise.

De acordo com as conceituações feitas pelos diversos autores, chegamos à conclusão que a Seção de Controle Interno da Justiça Federal em Pernambuco realiza a Auditoria Operacional, fazendo seu controle *ex-post facto*.

---

<sup>6</sup> JUND, Sergio. **Auditoria Conceitos, Normas, Técnicas e Procedimentos**. 4ª edição, Rio de Janeiro, Editora Impetus, 2002.

## 1.2. OUVIDORIA

Na Justiça Federal em Pernambuco, não dispomos, até o momento, de uma Ouvidoria formalizada, que seria um espaço para registro de críticas, sugestões, reclamações, denúncias etc., essas estabelecem um canal prático e de fácil acesso aos usuários do serviço público e a sociedade em geral.

Dispomos de caixas de sugestões, que são colocadas nos balcões das varas e setores administrativos, que recebem o cidadão para manifestação, na maioria das vezes, de reclamações, onde as mesmas são coletadas mensalmente e encaminhadas para os setores responsáveis para providências.

Dispomos, também, de um link na homepage da Justiça Federal: fale conosco, de e-mail corporativo, da intranet, de quadros de aviso nos elevadores e em pontos estratégicos.

A comunicação reflete no melhor relacionamento entre as diferentes áreas da empresa, o que reflete no final do processo em uma equipe de linha de frente com uma boa estrutura de apoio, capaz de oferecer o melhor atendimento ao cliente e uma transparência nas ações do órgão, fator importante e necessário de acordo com a Lei de Responsabilidade Social, que instituiu um novo princípio orçamentário, de cumprimento obrigatório por parte dos gestores públicos, que é a transparência.

Segundo Mileski (2003, p. 153)

Esse princípio constitui não só elemento de orientação, mas também de fiscalização quanto ao cumprimento dos objetivos orçamentários. É uma forma de controle político que está destinado ao controle social, na medida em que assegura ao cidadão a possibilidade de participar da elaboração dos planos de governo, procedendo a uma avaliação sobre a legalidade e eficiência dos atos de execução orçamentária.<sup>7</sup>

Conforme Mileski (idem) “a transparência tem por objetivo permitir o aperfeiçoamento do controle social. Assim, é preciso, também, assegurar os meios para que o cidadão exercite esse controle”.

No II Encontro Nacional das Ouvidorias Judiciárias, realizado nos dias 17 e 18 de julho de 2008, organizado pelo Tribunal de Justiça de Vitória-ES, o advogado João Elias de Oliveira, Presidente da Associação Brasileira

---

<sup>7</sup> MILESKI, Hélio Saul. **O controle da Gestão Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

de Ouvidores, disse que para ele, o “bom governo” está baseado na democratização das políticas públicas, na descentralização do poder decisório, na avaliação pública da gestão, na modernização da atividade administrativa, na simplificação do orçamento, no fornecimento de informações à sociedade por meio tecnológico e no sistema de atendimento ao cidadão”.

Em suas palavras: “a ouvidoria pode auxiliar o gestor público responsável na identificação de áreas problemáticas e de má administração, bem como na correção e busca de qualidade no serviço. Em resumo, para o Judiciário, a ouvidoria pode trazer maior legitimação; para a Sociedade, um estímulo à maior participação e à busca da implementação dos direitos sociais e econômicos”.

Ele continua afirmando: “É necessário, porém, diferenciar as ouvidorias das corregedorias. O que parece certo é que as ouvidorias devem proporcionar contato direto do cidadão com a estrutura judiciária. Sua ferramenta principal é o diálogo, fazendo uso da persuasão racional para resolver os problemas. Coerção não combina com a ouvidoria; esse poder está reservado à corregedoria, órgão que, por óbvio, também deve valer-se do diálogo e da persuasão, mas que, em certas situações, é obrigado a resolver conflitos valendo-se de sua posição hierárquica na estrutura administrativa”.

A Emenda Constitucional nº 19, quando incorporou ao artigo 37 o princípio da Eficiência, abriu um amplo espaço para a regulamentação das Ouvidorias quando descreveu, em seu § 3º, que a Lei disciplinará as formas de participação dos usuários dos serviços públicos em geral; esse dispositivo é que tem sido referência para a criação das Ouvidorias nos Órgãos da Administração Pública, mesmo sem ter sido regulamentado.

A criação das Ouvidorias nos órgãos que já a implantaram tem sido iniciativa dos gestores públicos e tem se caracterizado como órgãos de controle interno da Administração Pública. O mais importante disso tudo é que se trata de uma medida vantajosa tendo em vista os resultados já alcançados, as melhorias já implantadas decorrentes dessas sugestões/reclamações do cidadão-usuário.

A Ouvidoria se torna um instrumento de democracia participativa, na medida que ela se torna a interlocutora do cidadão e agente de melhoria dos serviços reclamados, e da governança, contribuindo, desta forma, para a promoção de uma maior EQUIDADE SOCIAL.

### 1.3. CORREGEDORIA

Para Carvalho Santos, Corregedor é

O magistrado com jurisdição extraordinária permanente sobre todos os juízes inferiores e serventuários da Justiça, com atribuição de emendar-lhe os erros, punir-lhes as faltas ou abusos <sup>8</sup>.

A corregedoria trata-se de uma “última fronteira” contra a impunidade de atos dolosos, quando a atuação da controladoria e da auditoria interna, por seus próprios métodos, não tenha alcançado uma prevenção absoluta.

Na Justiça Federal em Pernambuco, somos subordinados à Corregedoria do TRF da 5ª Região que foi criada pela Emenda Regimental 31 de 7 de março de 2001. O Regimento Interno do TRF é que dispõe sobre sua organização, composição e competência.

Estão, entre as atribuições do Corregedor Geral, funções de fiscalização, disciplinares, normativas e de administração em sentido estrito. A função de fiscalização é exercida mediante o controle da atividade dos órgãos e serviços judiciários e administrativos da Justiça Federal de primeira instância, para a verificação do andamento dos processos, regularidade dos serviços, observância dos prazos, zelando pelo regular exercício da atividade judiciária. Embora orientada, fundamentalmente, por propósito preventivo, a fiscalização pode ensejar a correção de atos ou procedimentos quando constatada a sua desconformidade com as normas pertinentes, ou, até mesmo, suscitar a função disciplinar, se houver indício de falta passível de punição.

Os meios típicos para o exercício da atividade de fiscalização são as correições gerais, ordinárias e extraordinárias, as inspeções e as correições parciais.

A função disciplinar do órgão corregedor, na Justiça Federal, está primordialmente, assente na condução de procedimento administrativo destinado à apuração de faltas dos juízes federais e juízes federais substitutos de primeiro grau, quando puníveis com pena de advertência e censura.

A função normativa, que também se inscreve na atividade corregedora, tem nítido caráter orientador na atividade dos órgãos e serviços da Justiça Federal de primeira instância. É exercida, primordialmente, mediante

---

<sup>8</sup> CARVALHO SANTOS, J.M. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. V.13, p.147. IN *Corregedorias do Poder Judiciário*. Vladimir Passos de Freitas (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 28.

provimentos, pelos quais são expedidas as normas disciplinadoras da prestação da atividade jurisdicional no primeiro grau.

A função administrativa é concernente à movimentação de magistrados, para que esta ocorra sem prejuízo à jurisdição, aprovação da escala de férias dos juízes, autorização para afastamento, designação de substitutos, etc. cancelar ou retificar portarias, ordens de serviço, instruções e outros atos baixados por Juízes de primeira instância, inclusive no exercício da Direção do Foro, ou servidores quando contrariarem a lei, ou forem inconvenientes ou inoportunos; dispor sobre serviços de plantão na sede das circunscrições judiciárias e atribuições dos respectivos juízes; exercer, na Corregedoria, as demais atribuições que lhe competirem, na conformidade da lei e de seu Regimento Interno.

#### 1. 4. CONTROLADORIA

##### Segundo Nascimento e Reginato

1. A área de controladoria tem a função de promover a eficácia dessas decisões, monitorando a execução dos objetivos estabelecidos, investigando e diagnosticando as razões para a ocorrência de eventuais desvios entre os resultados alcançados e os esperados, indicando a correção de rumos, quando necessárias, e principalmente, suavizando para os gestores as imponderabilidades das variáveis econômicas, através do provimento de informações sobre operações passadas e presentes e de sua adequada comunicação, de forma a sustentar a integridade do processo decisório (Nascimento e Reginato, 2007, p. 2).<sup>9</sup>

A Controladoria serve de apoio gerencial, define métricas dos sistemas de informações gerenciais, de apoio às decisões e de informações de custos. Ela está voltada à eficiência e eficácia dos processos gerenciais, atua em consonância com os gestores, produzindo cenários decisórios que redundem em resultados operacionais sempre melhores. Estabelece o mapa de indicadores, que seja mais adequado às características operacionais da entidade.

Pode-se entender controladoria como o Departamento responsável pelo

---

<sup>9</sup> NASCIMENTO, Auster Moreira, REGINATO, Luciane (orgs). “Controladoria, um enfoque na Eficácia Organizacional”. São Paulo: Atlas, 2007.

projeto, elaboração, implementação e manutenção do sistema integrado de informações operacionais, financeiras e contábeis de determinada entidade, mas ele não se limita a administrar o sistema contábil da empresa.

O papel da pessoa responsável pela controladoria, o “controller” seria dar apoio aos tomadores de decisão, não apenas compreende funções e relatórios contábeis.

Os pressupostos da controladoria são: transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa. A controladoria deve esforçar-se para garantir o cumprimento da missão e seu papel fundamental consiste em coordenar os esforços para conseguir um resultado global sinérgico, isto é, superior a soma dos resultados de cada área.

#### **1.4.1. PRINCIPAIS ATRIBUIÇÕES DA CONTROLADORIA**

- desenvolver atividades preventivas que contribuam para minimizar as falhas operacionais detectadas;
- aprimorar o conceito de melhoria contínua, através da análise dos indicadores de desempenho;
- reduzir a assimetria informacional existente dentro da instituição;
- acompanhar a aplicação do orçamento público recebido;
- estabelecer metas e controle dos resultados;
- monitorar todas as etapas do processo;
- incrementar a responsabilidade gerencial;
- assessorar a tomada de decisões pela cúpula;
- estabelecer práticas de governança corporativa;
- estudar a organização do ponto de vista político e social.

## **2. PROJETO DE CRIAÇÃO DE UMA CONTROLADORIA NA JUSTIÇA FEDERAL EM PERNAMBUCO**

A necessidade de contar com a contribuição de um órgão centralizador, que participa como instrumento de decisão dos atos da organização, orientando e demonstrando o desempenho alcançado, tudo isso voltado à missão institucional, na busca da sua manutenção, atingindo os resultados planejados, fez com que identificássemos a possibilidade de criar uma Controladoria para auxiliar os serviços prestados pela Justiça Federal em Pernambuco.

Ao procurarmos as ferramentas facilitadoras de controle interno, percebemos, numa análise perfunctória, a carência encontrada desses instrumentos. Considerando a importância da implantação de quaisquer dos institutos que contribuem para o controle social, a Controladoria aparece como sendo principal vetor de desenvolvimento, podendo contribuir para o crescimento do órgão em busca da realização da sua missão e concreta avaliação em relação a atingir as metas estipuladas para alcançar uma prestação de serviço eficiente, eficaz e efetiva.

A Justiça Federal exerce atividades sociais na busca da eficiente prestação jurisdicional, por meio das diversas Varas Federais (algumas já especializadas, como as Varas Criminais, Executivas Fiscais e Juizados Federais Especiais). Todas essas atividades desenvolvidas (atividade-fim) são exercidas e sustentadas pela gerência administrativa, que alicerça a função jurisdicional, na aquisição de bens, capacitação de servidores, controle e distribuição do orçamento destinado (atividade-meio).

A criação de uma Controladoria facilitaria os trabalhos da Justiça Federal, criando uma simbiose perene entre a atividade-meio e a atividade-fim internamente praticadas, com vista a dar maior transparência à instituição, retratando o desempenho alcançado e fornecendo à sociedade um espelho das atividades desenvolvidas.

Através do monitoramento das práticas processuais, controlando a evolução das tarefas e checando a eficácia dos atos judiciais, poder-se-ia estabelecer dados concretos para apresentar à comunidade, facilitando a interação entre o órgão público e o usuário, contribuindo para dar transparência à instituição, abrindo as portas para o controle social, na tentativa de diminuir a atual crise do sistema judiciário que impera no Estado brasileiro.

O ambiente de controle organizacional é fator fundamental para o crescimento e fortalecimento da instituição. Segundo Nascimento (2007)

10

O ambiente de controle é consequência direta do modelo de gestão, ou seja, depende da intenção dos gestores, da maneira como estes querem conduzir a sua organização e do modo como essa intenção é

---

<sup>10</sup> NASCIMENTO, Auster Moreira et all. “Teoria da Agência e Governança Corporativa”. “IN Controladoria, um enfoque na Eficácia Organizacional”, NASCIMENTO, Auster Moreira, REGI-NATO, Luciane (orgs). São Paulo: Atlas, 2007, p.97

repassada ao restante das pessoas na empresa, para que sigam as mesmas diretrizes estabelecidas pela direção.

Assim, vemos a necessidade de centralização do controle das atividades desenvolvidas pela gerência administrativa num setor específico com foco na operacionalização do modelo de gestão, pondo em prática os objetivos traçados e difundindo sua importância entre os servidores, na busca de atingir os resultados planejados.

A Controladoria funciona, dessa forma, como fonte de assessoramento constante de apoio gerencial, monitorando os projetos, acompanhando sua evolução e estudando a eficácia dos resultados obtidos.

Seu trabalho deve ser desenvolvido em conjunto com as auditorias internas realizadas, que, através dos dados catalogados obtidos, podem subsidiar a Controladoria nas propostas de inclusão de projetos, aumentando o foco nos setores mais necessitados ou suprimindo atividades desenvolvidas que não estão atingindo os resultados inicialmente estabelecidos.

## **ESTRUTURA DE CONTROLADORIA NA JUSTIÇA FEDERAL**

Sabemos da dificuldade de inserção de novos mecanismos no serviço público, diante da burocracia instituída e resistência a métodos inovadores no sentido de ousar a utilização de novas ferramentas de apoio organizacional, especificamente voltadas à gerência do órgão público (cúpula com poder de decisão).

Entretanto, a título sugestivo, acreditamos que a criação de um modelo funcional, diretamente ligado à Direção do Foro, e subordinado à Direção da Secretaria Administrativa, que, em conjunto com o Apoio Jurídico, Setor Financeiro e Controle Interno (estes setores já existentes na Justiça Federal), podemos contribuir para uma melhor obtenção dos resultados na prestação jurisdicional.

Existe um vácuo informativo, uma seara desconhecida em que se atravancam os processos judiciais e administrativos e, por mais que haja dedicação ao trabalho e investimento em capacitação do quadro funcional, ao final, os resultados alcançados não espelham o esforço dispensado na busca da solução e melhoria do processo de prestação satisfatória do serviço social que almejamos alcançar.

Sendo assim, propomos a criação de um setor de Controladoria, em

que a figura do controller trabalharia nos projetos de melhoramento das metas, juntamente com uma equipe designada para estudar o desempenho institucional, através da elaboração de indicadores de resultados.

Inicialmente, necessária se faz a escolha da figura do controller, que precisa estar preparado para exercer tal função e ter uma visão sistêmica da instituição, conhecendo o planejamento estratégico desenvolvido, com amplo domínio sobre questões orçamentárias, financeiras e jurídicas. O objetivo é proporcionar uma simbiose entre os setores-pares (financeiro, apoio jurídico e controle interno) que subsidiariam os dados a serem estudados pelo controller, na elaboração de um projeto de análise institucional.

Não descartamos a possibilidade inicial de contarmos com o auxílio de uma consultoria especializada, para diagnosticar os maiores problemas a serem abordados e a elaboração de um relatório final onde os principais problemas seriam detectados, dando visão ampla das fraquezas e ameaças existentes, sem, contudo, deixar de relevar os pontos fortes e as oportunidades já existentes.

Muito importante frisar que os trabalhos da Controladoria devem ser desenvolvidos em conjunto com os setores já existentes que podem contribuir para a efetividade e sucesso das propostas lançadas.

A ligação direta com o Apoio Jurídico faz-se necessária porque facilitaria a legitimação dos processos a serem desenvolvidos, dentro da óptica jurídica, respeitando os conceitos fundamentais da instituição, em obediência às normas já existentes e evitando conflitos entre as atividades sugeridas e os ditames legais que o órgão público prima em exemplificar e cumprir. O Apoio Jurídico funciona como setor orientador dos limites que não devem ser ultrapassados e evita a fragmentação das informações que seriam passadas aos setores onde a Controladoria pretende atuar.

É importante estabelecermos, também, um elo fundamental entre a Controladoria e o Setor Financeiro que detém informações precisas sobre o orçamento disponível, viabilizando a execução dos projetos dentro das reais possibilidades institucionais, aqui citando a Lei de Diretrizes Orçamentárias, Lei de Responsabilidade Fiscal e Plano Plurianual. O Setor Financeiro funcionaria como órgão limitador dos gastos a serem implantados, na tentativa de elaboração de uma sistemática realizável, dentro do orçamento disponível, tornando exequível a aplicação das sugestões elaboradas nos projetos desenvolvidos. Todo projeto precisa de um orçamento inicial básico e os investimentos na modernização da instituição devem passar,

necessariamente, pela aprovação do Setor Financeiro.

O Controle Interno funciona como setor regulador das atividades desenvolvidas pelos diversos setores da organização. Nele, o gestor encontra o ambiente propício para administrar, observando os relatórios disponíveis, analisando as políticas públicas praticadas e velando pela obediência às limitações legais orçamentárias. Assim, este setor seria mais diretamente ligado às atividades a serem desenvolvidas pela Controladoria, trabalhando em conjunto na análise das demais áreas atuantes e contribuindo para passar um retrato da instituição, refletindo a forma como o órgão público vem trabalhando, diagnosticando as principais fraquezas, investindo nos pontos fortes existentes e, conseqüentemente, propiciando a elaboração de um projeto que iria espelhar a realidade da organização.

A atividade desenvolvida pelo setor administrativo – lugar onde se estabeleceria a Controladoria Judicial não pode deixar de perceber a enorme dificuldade de ir buscar, dentro das Varas Federais, os pontos emblemáticos que dificultam a eficiência da prestação jurisdicional. Este universo é de difícil penetração, pois, internamente, nas Varas Federais, os Juízes gozam de plenos poderes administrativos para decidirem as sistemáticas a serem utilizadas, gerando, assim, a criação de micro-universos totalmente diferentes e independentes, dentro da estrutura do Judiciário. Essa percepção já é antiga, na visão administrativa do Judiciário, e dificulta a solução dos problemas de ordem genérica, uma vez que cada magistrado goza de liberdade para administrar seu universo como melhor lhe aprouver.

A conscientização da necessidade de implantação de um instrumento de padronização dos processos, com o fito de agilizar e possibilitar maior transparência institucional é dificuldade a ser enfrentada pelo Núcleo de Gestão de Pessoas, em conjunto com o Setor de Treinamento e Capacitação Funcional. Faz-se necessário difundir a cultura da importância da apuração de dados concretos para elaboração dos indicadores de desempenho e isso não pode ser encarado por parte dos magistrados como ingerência administrativa nas suas particulares searas.

É de bom alvitre sugerir-se a realização de reuniões mensais para mostrar, através de relatórios, os avanços dos trabalhos desenvolvidos pela Controladoria, contando com a participação de magistrados (ou diretores de Secretaria que os representariam), em conjunto com os setores-pares diretamente ligados com as atividades da Controladoria (Setor Financeiro, Apoio Jurídico, Controle Interno, Direção do Foro e Direção da Secretaria

Administrativa), que funcionariam como uma espécie de Conselho Avaliador. Nessas reuniões, seriam mostrados os relatórios, as sugestões e conclusões apontadas pela Controladoria e o desempenho da instituição poderia ser avaliado por toda a equipe, respeitando-se as opiniões trazidas e analisando a evolução dos métodos utilizados, inclusive o desempenho atingido.

Assim, devemos considerar todas as nuances decorrentes da implantação de um projeto de tal monta, mas, os empecilhos encontrados não justificam a não aplicação de um projeto que acreditamos poder contribuir para melhor o resultado final do objetivo maior da Justiça, que perpassa pelas vaidades pessoais e funcionais para atingir sua verdadeira função: a prestação de um serviço público de qualidade, eficiente, célere, moderno e satisfatório para a sociedade.

## CONCLUSÃO

Esperamos que a configuração proposta neste trabalho possa, ainda que indiretamente, agregar maior valor aos sistemas internos de controles administrativos, orçamentários e financeiros já existentes ou a serem implantados na instituição, através das atividades desenvolvidas pela Secretaria Administrativa da Seção Judiciária de Pernambuco. E que venha, também, a contribuir através de suas sugestões e recomendações para o aprimoramento e melhoria dos processos decisórios da instituição, notadamente em sua área-meio.

Entendemos, também, ser sempre um grande desafio para qualquer área rever sua linha de ação, principalmente quando os fatos que determinam a mudança continuam sendo alterados dentro de uma dinâmica contínua.

E isto será feito ao analisar cada ação, ao identificar sua importância com relação ao cumprimento da missão institucional e, ao mesmo tempo, procurar agregar valor aos serviços, ao se desvincular da sistemática de verificar tão somente o cumprimento das rotinas estabelecidas, cabendo também se atualizar permanentemente e flexibilizar a sua ação. Para tanto, deve capacitar-se e incluir neste aprendizado questões estratégicas, teóricas, não apenas operacionais. É de nosso entendimento que, ao proceder assim, estará livre do viés burocrático, e dará uma contribuição mais substancial nos processos de mudança, além de poder assessorar os gestores de forma mais efetiva.

É importante que o proposto não se restrinja apenas a mudanças na estrutura com um novo organograma. Só isto não é suficiente. Também

é fundamental que a equipe que integrará a Controladoria tenha a flexibilidade necessária para entender as pessoas, pois elas têm estilos diferentes. É preciso aprender a comunicar-se com todas as áreas da instituição, mantendo sempre os canais de interlocução abertos.

Agindo assim, contribuirá para a facilitação de um processo mais seguro ao agregar informações novas na tomada de decisões por parte dos gestores, criando um ambiente de confiança e respeito mútuos. Pois uma mudança organizacional só é completa numa instituição desde que perpassa por sua estrutura, por seu processo de tomada de decisões e, sobretudo, pelo comportamento das próprias pessoas.

E, por fim, entendemos que tal trabalho poderá resultar em possível redução de custos em processos operacionais. Qualquer redução de custos significa uma receita indireta, podendo, assim, ser revertida, em tese, para uma melhor prestação dos serviços jurisdicionais pela atividade-fim, ou seja, no trabalho realizado por seus membros: juízes, serventuários e colaboradores, para a sociedade e aos cidadãos - o fim precípuo de todo o sistema.

## REFERÊNCIAS

FONTES Fº, Joaquim Rubens. **Governança Organizacional Aplicada ao Setor Público**. VIII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28-31 Oct. 2003. Sítio: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047108.pdf>. Acesso em 04/08/07.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Corregedorias do Poder Judiciário**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GIL, Antonio de Loureiro, **Auditoria Operacional e de Gestão**. São Paulo, 4ª Edição, Editora Atlas, 1999.

JUND, Sergio. **Auditoria Conceitos, Normas, Técnicas e Procedimentos**, 4ª edição, Rio de Janeiro, Editora Impetus, 2002.

LIMA, Aline Nast de et all. **Teoria da Agência e Governança Corporativa**. “IN Controladoria, um enfoque na Eficácia Organizacional”, NASCIMENTO, Auster Moreira, REGINATO, Luciane (orgs). São Paulo: Atlas, 2007, p.76.

MILESKI, Hélio Saul. **O controle da Gestão Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MOTTA, Fernando C. Prestes. **Teoria das Organizações – Evolução e**

**Crítica.** São Paulo: Pioneira, 2001, p.25 e 26.

NASCIMENTO, Auster Moreira e REGINATO, Luciane (Organizadores). **Controladoria: um enfoque na eficácia organizacional.** São Paulo: Atlas, 2007.

## BIBLIOGRAFIA

BRISOLA, Josué. **Teoria do Agenciamento na Contabilidade - A Contabilidade e o Processo de Comunicação.** Sítio: <http://www.milenio.com.br/siqueira/Trab.125.doc>. Acesso em 31/07/07.

**Brasil, Constituição da República Federativa do,** (1988).

CARDOSO, Antonio Semeraro Rito. **As relações entre a administração pública e os cidadãos.** Sítio: <http://www.desafios.org.br/Edicoes/5/artigo13070-1.asp>. Acesso em 02/08/2007.

QUEIROZ, Mário César. **Aprimoramento das atividades da coordenadoria de auditoria e controle do Ministério Público de Pernambuco.** Monografia de final de curso MBA Executivo em Administração Judiciária, Faculdade Maurício de Nassau. 2007. Não publicada.

ROSSETTO, Adriana Marques; ROSSETO, Carlos Ricardo. **Teoria Institucional e Dependência de Recursos na Adaptação Organizacional: Uma Visão Complementar.** Sítio: <http://www.rae.com.br/redirect.cfm?ID=1869>. Acesso em 04/08/07.

SÁ, Antonio Lopes de. **Curso de Auditoria.** 10ª edição, SÃO PAULO, Editora Atlas, 2002.

VASCONCELOS, Flávio Carvalho de; CLÓVIS L., Machado da Silva. **Fórum - A Teoria Institucional em Um Contexto Brasileiro: Dinâmicas de Inovação e Imitação.** Sítio: <http://www.rae.com.br/redirect.cfm?ID=3644>. Acesso em 31/07/07.

# A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

*Sandra Figueira Pontual*

**RESUMO:** O trabalho visa contribuir com o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo ordenamento brasileiro. Atualmente, estas uniões não são reconhecidas; não sendo consideradas como uma entidade familiar. Consequentemente, não recebem a proteção especial do Estado, garantida pela Constituição à família. O Estado estabelece uma injusta relação de desigualdade entre os seus cidadãos, apenas pela diferença de orientação sexual. Assim, a necessidade do reconhecimento apresenta-se, aqui, baseada nos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, cidadania, liberdade, entre outros, e nas mudanças e inovações ocorridas na formação das famílias, que se constituem cada vez de formas mais variadas, no reconhecimento do afeto como o elemento caracterizador de uma família e na tendência da repersonalização do direito.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A evolução do direito de família. 1.1. O direito de família. 1.2. A evolução da família. 1.3. O casamento. 1.4. A união estável. 2. A atual situação jurídica da união homoafetiva. 2.1. Situação no direito brasileiro. 2.1.1. O silêncio constitucional em relação à união homoafetiva. 2.1.2. A situação atual no Brasil. 2.1.3. A jurisprudência brasileira. 2.2. Situação no direito estrangeiro. 3. A necessidade do reconhecimento da união homoafetiva. 3.1. A repersonalização da família. 3.2. A sexualidade como um direito de personalidade. 3.3. As famílias plurais e o afeto como principal característica da formação da entidade familiar. 3.4. Os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa. Considerações finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo contribuir para o estudo da necessidade de reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, sendo regidas, assim, pelo direito de família. Não há, aqui, a preocupação em defender ou criticar essas relações, mas, sim, em analisar o dever que o Estado tem em reconhecê-las e protegê-las, igualmente como se faz com as relações entre um homem e uma mulher, pois elas existem na sociedade

brasileira independente de serem aceitas ou não, e todos os cidadãos devem receber igual amparo legal em suas relações, independente de sua orientação sexual.

Apesar das relações afetivas serem estritamente íntimas, porque nelas as pessoas realmente constroem sua felicidade, encontram seus desejos e sonhos de vida, o Estado, há muito tempo, tomou para si a obrigação de protegê-las, estabelecendo várias regras no casamento, com o intuito de valorizar a constituição e continuação das entidades familiares, consideradas a “base da sociedade”.

Existe, no Brasil, um histórico de preconceito e dificuldade na aceitação da sociedade em relação às pessoas que não se enquadram no padrão pré- estabelecido de vida, seja por grande influência da Igreja Católica e, também, por uma cultura tradicionalista e preconceituosa, a história mostra a grande dificuldade de que os grupos marginalizados, ou mais fracos, possuem para conquistar os seus direitos. Assim foi com as mulheres, os negros, os casais separados, os filhos bastardos, os homossexuais.

A Constituição de 1988 trouxe grandes avanços no direito de família, reconheceu a união estável; igualou os direitos a todos os filhos, sendo eles naturais, adotados ou de relações extramatrimoniais; reconheceu a família monoparental, entre outros. Porém, deixou as relações homoafetivas sem nenhuma proteção do Estado, por puro preconceito, fazendo com que tantas pessoas não tenham reconhecidos seus direitos em relação a sua vida afetiva.

É certo que, hoje em dia, a homossexualidade passa por uma fase de maior abertura, seja pela luta dos homossexuais em busca de seus direitos, seja pela evolução da sociedade em aceitar comportamentos diferentes em relação aos outros, seja pelo distanciamento entre o Estado e a Igreja. Mas, em termos legais, o Brasil não evoluiu. Desde 1995, o Congresso tem entre seus projetos uma proposta que autoriza a parceria civil entre os homossexuais no Brasil, mas, até hoje, esta proposta não foi votada. Além do mais, este projeto regula basicamente as relações patrimoniais.

O problema é que a legislação atual não reconhece essas relações, fazendo com que essas pessoas vivam à margem da lei, sem proteção jurídica em suas relações afetivas e sejam proibidas de gozarem de vários direitos que os casais heterossexuais possuem, como não poder inscrever o parceiro como dependente de servidor público; não podem incluir

parceiros como dependentes de plano de saúde; não podem acompanhar o parceiro servidor público transferido; não têm a impenhorabilidade do imóvel em que o casal reside; não tem garantia de pensão alimentícia em caso de separação; não podem assumir a guarda do filho do cônjuge; não adotam filhos em conjunto.

Quando reconhecidas, por via judicial, são, em regra, definidas apenas como uma sociedade de fato, tratando apenas do direito patrimonial, regidas pelo direito das obrigações e não pelo direito de família.

Algumas conquistas foram alcançadas através do Poder Judiciário, principalmente nos Tribunais do Rio Grande do Sul. Na jurisprudência, já se encontra a analogia da união homoafetiva com a união estável. Mas, a mudança ainda é lenta e as decisões ainda não são uniformizadas.

Enquanto o art. 2º da constituição traz como um dos princípios fundamentais da República a dignidade da pessoa humana e o art. 5º traz, como um dos seus direitos e garantias fundamentais, a igualdade entre todos, ao mesmo tempo, a mesma constituição, não protege as relações homoafetivas, fazendo com que várias pessoas na sociedade fiquem à margem da lei, sendo impossibilitadas de conseguir o gozo de inúmeros direitos que lhe pertencem.

## CAPÍTULO I A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

### 1.1 O DIREITO DE FAMÍLIA

Todos pertencem a uma família, ou construirão uma. Assim o direito de família é um dos ramos do direito que está muito presente na vida das pessoas, faz parte do cotidiano, e é também ligado à vida íntima do ser humano, aos seus sentimentos mais particulares: o amor, o afeto, a felicidade. Sua atuação normalmente está atrelada às emoções e aos sentimentos, tornando-se, assim, um campo do direito muito peculiar.

Apesar de ser uma das mais privadas relações na vida das pessoas, o Estado tomou para si a responsabilidade de ordenar as relações familiares e organizar a sua estrutura, sempre com o intuito de preservar a família, considerada a base da sociedade.

Em face do comprometimento do Estado de proteger a família e ordenar as relações de seus membros, o direito das famílias dispõe de acentuado domínio de normas imperativas, isto é, normas inderrogáveis, que impõem limitações às pessoas. São normas congêntes que incidem independentemente da vontade das partes, daí seu perfil publicista.<sup>1</sup>

Cabe ao Estado, em sua intervenção, a organização das relações familiares com o propósito de regular os direitos e deveres de cada um, tornando a sociedade mais organizada, mas, cabe a ele, também, a obrigação de proporcionar as condições necessárias para que as pessoas tenham a sua individualidade garantida e seus anseios atendidos.

Ainda que tenha o Estado o dever de regular as relações das pessoas, não pode deixar de respeitar o direito à liberdade e garantir o direito à vida, não só vida como mero substantivo, mas vida de forma adjetivada: vida digna, vida feliz. A norma escrita não tem o dom de aprisionar e conter os desejos, as angústias, as emoções, as realidades e inquietações do ser humano.<sup>2</sup>

O direito de família brasileiro sofreu e vem sofrendo várias modificações. A sociedade sempre em constantes mudanças, cada vez mais rápidas, faz com que as normas tenham que se adequar aos comportamentos sociais. A família mudou. De uma estrutura totalmente patriarcal, onde a autoridade pertencia somente ao homem, tendo a mulher apenas capacidade relativa, de uma instituição que tinha como objetivo principal a procriação, para uma família onde os direitos dos homens e mulheres são iguais. Para uma pluralidade de relações familiares, as tradicionais, formadas por pais e filhos, mas também as formadas por casais sem filhos, pais ou mães com filhos, uniões estáveis, casais com filhos de casamentos anteriores e seus novos filhos, filhos sem pai, filhos de relações extramatrimoniais, casais de mesmo sexo, todas fundadas no sentimento de afeto.

Mas foi a Constituição Federal de 1988 que possibilitou ao sistema jurídico brasileiro grandes transformações. Baseada no princípio da dignidade humana e sustentando o princípio da igualdade, entre

---

<sup>1</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 34.

<sup>2</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow apud DINIZ, Maria Berenice. Op. cit., p. 25

outros, a Constituição apresentou importantes alterações no direito de família, reconheceu a pluralidade de formas das entidades familiares, normatizando as relações entre homem e mulher não constituídas pelo casamento, a união estável, como também as famílias formadas por um dos pais com os filhos, a família monoparental; estabeleceu igualdade entre os filhos, independentemente de terem sido de relações matrimônias, extramatrimoniais ou adotados; estabeleceu igualdade entre o homem e a mulher, acabando com a referência de pátrio poder, que, agora, deu vez ao poder familiar, entre outros, segundo Rodrigo da Cunha Pereira:

Em outubro de 1988, com a Constituição da República Federativa do Brasil, ficaram consagrados os princípios fundamentais para o ordenamento jurídico brasileiro. Para o direito de família foi uma verdadeira revolução. Foi a partir desta revolução constitucional que se consolidou toda a evolução do direito de família, e que nos autorizamos a estabelecer os princípios fundamentais para a organização jurídica da família. A partir do “espírito” e dos princípios fundamentais da Constituição da República, entre eles o da cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III), é que o direito de família teve que romper definitivamente com as velhas concepções: da ilegitimidade dos filhos, já que todas as formas de filiação foram legitimadas pelo Estado; suposta superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais; o casamento como única forma de se constituir e legitimar a família. As concepções de inclusão e cidadania instalaram-se definitivamente no direito de família. Assim, a maioria das grandes discussões deste ramo do Direito tornou-se uma questão de Direitos Humanos, pois a elas está ligada a idéia de inclusão ou exclusão na ordem social e jurídica, enfim, a palavra de ordem da contemporaneidade, ou seja, cidadania.<sup>3</sup>

O Código Civil, acompanhando os conceitos constitucionais, também trouxe evoluções ao direito de família. Poderia este Código ter sido mais inovador e ter trazido algumas outras evoluções para o ordenamento jurídico, como a união homoafetiva, a normatização dos efeitos da mudança de sexo, a filiação socioafetiva, mas não se pode negar a sua importância.

<sup>3</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. pp. 6-7.

Ainda há muitas mudanças para serem conquistadas dentro do direito de família, pois, numa sociedade onde ainda se encontram muitas formas de preconceito e discriminações, essas mudanças ocorrem a passos lentos, enquanto a sociedade não para de evoluir. As alterações sociais e tecnológicas exigem que o direito as acompanhe, e ainda há vários temas a serem abordados pelo legislador, como as cirurgias de mudança de sexo, a clonagem de células e de pessoas, os úteros de aluguel, os relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo.

## 1.2. A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Protegida constitucionalmente por ser considerada a “base da sociedade”, a família é uma união de pessoas que se interligam por laços de sangue ou de afeto. Ao nascer, o indivíduo está ligado aos seus ascendentes e aos seus irmãos e, ao casar, liga-se ao cônjuge e a sua família.

Caio Mario da Silva Pereira, em sua definição de família no sentido genético e biológico, define que:

Considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e irmãos dos cônjuges (cunhados).<sup>4</sup>

Silvio Venosa ensina que: “ainda se pode ser considerada a família sob o conceito sociológico, integrado pelas pessoas que vivem sob um mesmo teto, sob a autoridade de um titular.”<sup>5</sup>

O conceito de família torna-se cada vez mais difícil de ser definido, principalmente com todas as mudanças sociais que fizeram com que as formas de família se multiplicassem.

A verdade é que todos procuram viver em uma família, é ela o maior alicerce de apoio em suas vidas e é nela que se encontram e se vivenciam os sentimentos de afeto, amor, satisfações, realizações e felicidade. Os sentimentos mais nobres da vida dos seres humanos.

<sup>4</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V. Direito de Família. 16ª ed. Rio de Janeiro: 2007.

<sup>5</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 18.

É considerada a célula da sociedade. O elo que liga os indivíduos entre si. Uma instituição tão importante que o Estado toma para si o dever de protegê-la.

Inicialmente a família tinha como principal função a procriação, junto também com as funções econômica, política e religiosa. Sua estrutura era patriarcal, onde o pátrio poder estava legitimado nas mãos do homem, tendo ele completa autoridade diante da mulher e dos filhos. O homem era considerado o provedor, responsável pelo sustento da família, enquanto a mulher era apenas mera reprodutora, restrita ao ambiente doméstico e à criação dos filhos.

A Igreja possuía enorme influência sobre a sociedade e o Estado, e por muitos séculos a única maneira de se constituir uma família era através do casamento. “Para o cristianismo, as únicas relações afetivas aceitáveis são as decorrentes do casamento entre um homem e uma mulher em face do interesse na procriação.”<sup>6</sup> diz Maria Berenice Dias.

Com a evolução da sociedade e as diferentes formas das pessoas se relacionarem emocionalmente a concepção de família sofre inúmeras transformações.

A revolução industrial fez com que a mulher ingressasse no mercado de trabalho, dando-lhe mais liberdade e independência em relação ao seu marido; surgem, também, os movimentos feministas e os métodos contraceptivos, a possibilidade de ser mãe através da inseminação artificial e a constante busca das mulheres pelos seus direitos.

Há também um distanciamento entre o Estado e a Igreja, fazendo com que os dogmas e preconceitos cristãos se separem das ações do Estado. Como diz Arnaldo Rizzardo:

Dadas às grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família passou a seguir rumos próprios, com as adaptações à nossa realidade e inspirado na secularização dos costumes, perdendo o caráter canonista e dogmático intocável.<sup>7</sup>

A função econômica da família vai perdendo a força, o número de filhos vai diminuindo e a mulher conquistando sua emancipação social e econômica. Afirma Paulo Lobo: “a função econômica perdeu o sentido,

<sup>6</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p.42.

<sup>7</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 8.

pois a família não é mais unidade produtiva nem seguro contra velhice, cuja atribuição foi transferida para a previdência social.”<sup>8</sup>

A função de procriação também perde seu espaço, com o crescimento do número de casais que optam em não ter filhos. Também segundo Paulo Lobo:

A função procracional, fortemente influenciada pela tradição religiosa, também foi desmentida pelo grande número de casais sem filhos, por livre escolha, ou em razão da primazia da vida profissional, ou em razão de infertilidade. O direito contempla essas uniões familiares, para quais a procriação não é essencial. O favorecimento constitucional da adoção fortalece a natureza socioafetiva da família, para qual a procriação não é imprescindível. Nessa direção encaminha-se a crescente aceitação da natureza familiar das uniões homossexuais.<sup>9</sup>

Com a pressão social, o direito também evolui, ainda que tardio, contribuindo para este cenário de mudanças. Foi criado o chamado estatuto da mulher casada, Lei nº4.121, de 27.08.62, com profundas alterações no tratamento dos direitos e do papel da mulher casada, passando ela a poder escolher livremente sua profissão. Há, também, a regulamentação da dissolução da sociedade conjugal através da Lei nº 6.515, de 26.12.1977, entre outros.

Mas são os conceitos e princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988 os verdadeiros responsáveis por grandes mudanças no sistema jurídico brasileiro, muitas no direito de família. Segundo Maria Berenice Dias:

Raras vezes uma constituição consegue produzir tão significativas transformações na sociedade e na própria vida das pessoas como fez a atual Constituição Federal. Não é possível elencar a série de modificações introduzidas, mas algumas, por seu maior realce, despontam com exuberância. A supremacia da dignidade da pessoa humana está lastreada no princípio da igualdade e da liberdade, grandes artífices do novo Estado Democrático de Direito que foi implantado no país. Houve o resgate do ser humano como sujeito de direito, assegurando-lhe, de forma ampliada, a consciência da cidadania. O constituinte de 1988 consagrou, como dogma

<sup>8</sup> LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 3.

<sup>9</sup> Idem, ibidem, p. 3.

fundamental, antecedendo a todos os princípios, a dignidade da pessoa humana (CF 1º III), impedindo assim a superposição de qualquer instituição à tutela de seus integrantes. Foram eliminadas injustificáveis diferenciações e discriminações que não mais combinam com uma sociedade democrática e livre.<sup>10</sup>

A partir da Constituição de 88 é que são reconhecidos, no sistema jurídico, os novos modelos de família: a união estável e a entidade monoparental, família formada por qualquer dos pais com seus descendentes. Permitindo, também, uma interpretação extensiva, fazendo com que outros modos de família possam ser incluídos. Neste âmbito, não se pode deixar de reconhecer as famílias formadas apenas pelos filhos, sem a presença dos pais, também não cabe o não reconhecimento das famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, que vivem suas relações baseadas nos mesmos preceitos das relações heterossexuais, o amor, o afeto e a vontade de construir uma vida em comum.

A Constituição também reconhece absoluta paridade entre os filhos, independente da origem dos mesmos, havidos do casamento, adotados ou de relações extramatrimoniais. Ensina a referida autora:

O alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deixando reflexos na conformação de família, que não possui mais um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. Assim, expressões como ilegítima, espúria, adúltera, informal, impura estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas, nem com referência às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Seja em relação à família, seja no que diz respeito aos filhos, não se admite qualquer adjetivação.<sup>11</sup>

Pode-se dizer que a família, atualmente, é vista de uma forma bem diferente, é reconhecida como uma entidade onde o que predomina é a vontade de convivência mútua, buscando construir uma vida em comum e, principalmente, baseada na relação de afeto, deixando para trás as suas antigas funções econômicas e procracional. Constata Paulo Lobo:

<sup>10</sup> DIAS, Maria Berenice. Op.cit., pp. 38-39.

<sup>11</sup> Idem, ibidem, p. 39.

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito.<sup>12</sup>

A família atual não é mais apenas a principal instituição da sociedade que merece larga proteção do Estado, onde o direito priorizava a preservação dos interesses patrimoniais. Ela é o espaço para que as pessoas conquistem suas realizações existenciais, ela é o lugar para ser feliz.

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador – a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização.<sup>13</sup>

### 1.3. O CASAMENTO

Há tempo, o Estado tomou para si a responsabilidade de proteção à entidade familiar e normatizou a união entre o homem e a mulher através do instituto denominado casamento, estabelecendo inúmeras regras - tanto para a sua celebração como para a sua vivência e também os direitos e os deveres dos cônjuges.

Há várias definições para o casamento. Segundo Clóvis Bevilácqua:

O casamento é um contrato bilateral e solene pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo

<sup>12</sup> LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 11.

<sup>13</sup> Idem, ibidem, p. 12.

a mais estreita comunhão de vida e de interesse, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.<sup>14</sup>

Já Washington de Barros Monteiro conceitua como “a união permanente entre homem e mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”.<sup>15</sup>

Essas definições se enquadram em épocas passadas, quando o casamento tinha que durar para sempre, era indissolúvel, não sendo permitido o divórcio ou qualquer tipo de dissolução de vínculo matrimonial, o que só veio a ocorrer no ano de 1977, com a Lei nº 6.515/77. Quando também era a única maneira de constituição de família reconhecida pelo mundo jurídico e o seu principal objetivo era a procriação.

Arnaldo Rizzardo conceitua o casamento como

Um contrato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para constituir uma família e viver em plena comunhão de vida. Na celebração do ato, prometem elas mútua fidelidade, assistência recíproca, e a criação e educação dos filhos.<sup>16</sup>

Percebe-se através das definições citadas que o casamento é considerado a união entre um homem e uma mulher, sendo requisito essencial para sua celebração a diversidade de sexo entre os nubentes

O Código Civil de 2002 traz em seu artigo 1.514 que “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.”, exigindo a obrigatoriedade de sexos diferentes para a realização do casamento.

O casamento é sem dúvida o centro do direito de família. Apesar da Constituição de 1988 ter reconhecido outras formas de entidade familiar, o casamento ainda é a forma mais utilizada para a constituição da família, tanto por ser o modo mais antigo, tradicional, como também pela força

<sup>14</sup> BEVILÁCQUA, Clóvis “Direito de Família” apud DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>15</sup> MONTEIRO, Washington de Barros apud VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 43.

<sup>16</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei nº10.406, de 10.01.2002*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.17.

da religião na sociedade brasileira, que considera o casamento como sacramento.

Abrange tanto o ato de celebração, normatizado através do Código Civil, quanto à relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial, caracterizada pela comunhão de vidas. Gera vínculos entre os cônjuges e também com os parentes do cônjuge, o vínculo por parentesco ou afinidade, como os sogros e cunhados. Estabelece também relações patrimoniais entre o casal, que é definida através do regime de bens escolhido por eles.

Gera, também, deveres de fidelidade recíproca; vida em comum; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; e respeito e consideração mútuos.

Porém o mais importante efeito jurídico é a constituição de uma família. É a família que é protegida pela Constituição, conforme o art. 226: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

A principal motivação para o casamento são os sentimentos de amor e de afeto, e a vontade de construir uma vida em comum baseada em companheirismo e divisão. Hoje, já não cabe mais definir casamento como uma união indissolúvel que tem como seu maior objetivo a procriação. As pessoas não mais se dispõem a permanecer casadas sem estar satisfeitas e felizes com a relação e, cada vez mais, há casais que optam por não ter filhos.

#### 1.4. A UNIÃO ESTÁVEL

Apesar da grande quantidade de uniões informais sem a constituição do casamento encontradas na sociedade desde épocas remotas, o legislador só veio a reconhecê-las como instituição familiar com a Constituição de 1988. Sempre com a presença do preconceito, as normas jurídicas normalmente se mostram atrasadas diante da evolução social, fazendo com que muitas pessoas vivam à margem da lei. Até mesmo os filhos, quando não provenientes do casamento, tiveram seus direitos renegados durante muito tempo neste país.

O divórcio no Brasil só foi reconhecido em 1977, antes disso os desquitados não podiam, de forma alguma, contrair outra relação de direito, pois o desquite não dissolvia a sociedade conjugal, impedindo novo casamento, facilitando, então, o aumento do número de famílias não protegidas pelo Estado.

Mesmo diante da reprovação social e da falta de proteção do Estado aos envolvidos, estas uniões não deixam de existir. Não há lei, nem de Deus nem dos homens que proíba o ser humano de buscar a felicidade, diz Maria Berenice Dias.<sup>17</sup> E quando se encerram, por morte de um dos companheiros ou pela separação, os envolvidos vão buscar no Poder Judiciário os seus direitos.

A união estável vem a ser reconhecida como entidade familiar através do art. 226, § 3º, CF que dispõe que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Atualmente, o Código Civil regulamenta estas relações, conceituando-as como uma relação configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Traz como deveres dos companheiros a lealdade, o respeito e assistência mútua, e a guarda, sustento e educação dos filhos. Há de se observar que não engloba, como no caso do casamento, a fidelidade e a vida em comum no domicílio.

Também possibilita que a pessoa casada, separada de fato ou judicialmente, possa estabelecer união estável, o que não acontece em relação ao casamento, sendo inclusive um dos casos impeditivos a sua realização. Estabelece o regime de comunhão parcial de bens, caso não tenha havido contrato em contrário.

Ficam ainda à margem da lei as uniões formadas pelas pessoas impedidas de casar, denominadas de concubinato. Pois só foi reconhecida a união entre pessoas livres: pessoas solteiras, as separadas de fato ou judicialmente, divorciadas e viúvas, antes também consideradas como concubinato. Resta, então, ao concubinato adúltero, ainda não protegido pelo ordenamento jurídico, a busca de soluções através do ramo obrigacional.

A união estável nasce apenas da convivência entre o casal, não se sujeita a exigências formais, ao contrário do casamento que só se constitui após sua celebração. Não é necessária a manifestação de vontade entre os companheiros para que se produzam os efeitos jurídicos. Sendo possível que, mesmo não havendo a vontade de constituir a união, o Judiciário decida que ela existe.

Agora, por estarem protegidas pelo Estado, estas uniões vão deixando aos poucos de serem livres, pois se tornam obrigadas a obedecer ao regramento imposto pelo Estado.

<sup>17</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p.155.

Este é um paradoxo com o qual é preciso aprender conviver, pois, ao mesmo tempo em que não se quer a intervenção do Estado nas relações mais íntimas, busca-se a sua interferência para lhes dar legitimidade e proteger a parte economicamente mais fraca.<sup>18</sup>

Paradoxo à parte, o fato é que foi de grande importância - apesar do atraso, infelizmente comum na legislação do país - o reconhecimento da união estável como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro.

## CAPÍTULO 2

### A ATUAL SITUAÇÃO JURÍDICA DA UNIÃO HOMOAFETIVA

#### 2.1. SITUAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A homossexualidade já foi vista como pecado, como doença ou como desvio de personalidade, mesmo existindo desde que o mundo é mundo, ainda hoje alguns ainda insistem em considerá-la um comportamento desvirtuoso. Conforme Rios:

A homossexualidade há que ser vista a partir de um pluralismo sexual, estruturada pela escolha individual. Sendo essa escolha mais um elemento no estilo de vida da pessoa, que deve ser respeitado pelo simples fato de integrar a personalidade daquele indivíduo determinado.<sup>19</sup>

A homossexualidade é definida como a relação afetiva entre duas pessoas do mesmo sexo. Até 1985, foi considerada uma doença de desvio ou transtorno sexual pelo Conselho Federal de Medicina, que deixou de

---

<sup>18</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha apud DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 158.

<sup>19</sup> RIOS, Roger Raupp apud BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; SCHIOCCHET, Taysa. "O reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas no direito de família brasileiro." In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Coord.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*, São Paulo: Método, 2005. p. 321.

considerá-la como tal, tornando sem efeito o código 302 da Classificação Internacional de Doenças (CID), passando ao capítulo Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais. Na última revisão, de 1995, o sufixo “ismo”, que significa doença, foi substituído pelo sufixo “dade”, que significa modo de ser. Atualmente, se entende que não se trata de doença, problema mental ou emocional, mas apenas de uma das variantes da sexualidade humana.

Apesar de vários estudos, ainda não se chegou a uma constatação exata do que faz a pessoa sentir atração pelo mesmo sexo. O fato é que o homossexualismo existe desde o começo das civilizações, e não apenas entre os homens, mas, também em animais de diversas espécies. E cada vez mais se encontram pessoas do mesmo sexo formando um casal e vivendo embaixo de um mesmo teto com pretensões iguais a um casal heterossexual.

Todavia, a maior barreira a ser transportada é a do preconceito, tanto moral, político como ideológico. A sociedade costuma ignorar os modelos de vida que fogem dos padrões tradicionais, e essas pessoas ficam desprotegidas em suas relações jurídicas. Foi assim em toda a história, o negro, a mulher, o pobre, os desquitados, os filhos bastardos, a concubina, o homossexual, o transexual, são exemplos pulsantes do preconceito que assola a sociedade brasileira.

Independente da escolha do modo de vida que as pessoas levam, todos, igualmente e sem discriminações, possuem direitos iguais. Não pode uma nação fechar os olhos para os acontecimentos sociais e deixar de lado parte de seus integrantes apenas por puro preconceito, é uma total injustiça.

Alguns países já regulamentaram as relações homossexuais, mas o Brasil, país ainda tradicional e com grande influência cristã, ainda não conseguiu regulamentá-las. Com a falta de normatização legal, as decisões vão parar nas mãos do Poder Judiciário, onde, na maioria das vezes, são caracterizadas apenas como sociedade de fato, abrangida pelo direito das obrigações. Mas, não se pode negar que este Poder também está contribuindo, e muito, para o reconhecimento destas relações.

### **2.1.1. OSILÊNCIO CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO À UNIÃO HOMOAFETIVA.**

A Constituição Federal de 1988, apesar de ter trazido grande evolução ao direito de família, como o reconhecimento da união estável e da família

monoparental, silenciou acerca da relação formada por pessoas do mesmo sexo.

Em seu artigo 226, § 3º, dispõe que a união estável reconhecida como entidade familiar é formada entre o homem e a mulher, deixando assim, as relações homossexuais desprotegidas, à margem da lei. Todavia, não há, no texto constitucional, vedação de relacionamento entre pessoas do mesmo sexo.

Fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, tendo como um de seus objetivos a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como também garantidora da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, a Constituição se apresenta como grande protetora e reconhecidora dos direitos do ser humano. Diante de todas essas garantias constitucionais que configuram o Estado Democrático de Direito, é essencial a inclusão de todos os cidadãos na tutela jurídica. Não há como encontrar outra razão, que não seja o preconceito social, para justificar o silêncio do legislador em relação às uniões homoafetivas.

No dizer de Maria Berenice Dias:

O repúdio social a segmentos marginalizados e excluídos acaba intimidando o legislador, que tem enorme resistência em chancelar leis que visem a proteger a quem a sociedade rejeita. Por puro preconceito, não aprova leis voltadas a minorias alvo da discriminação.<sup>20</sup>

Seguindo a tendência constitucional, o Código Civil também silencia acerca destas uniões. Seu projeto original iniciou-se em 1975, bem antes da promulgação da Constituição, que introduziu grande ordem de valores no ordenamento jurídico. O Novo Código teve, assim, que passar por diversas mudanças para se adequar aos novos conceitos inseridos. “Assim, o novo Código, embora bem-vindo, chegou velho.”<sup>21</sup>, apesar dos remendos sofridos, o Código não conseguiu atingir a atualidade e clareza necessárias para dirigir a sociedade dos dias de hoje. Deixou de normatizar assuntos como a guarda compartilhada, a filiação socioafetiva e uniões homoafetivas.

---

<sup>20</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.184.

<sup>21</sup> Idem, *ibidem*, p. 31.

Na falta de legislação acerca do tema, os homossexuais vão buscar seus direitos através do Poder Judiciário, que, por sua vez, também possui seus limites acerca do assunto. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

A omissão legal gera resistência nos juízes de reconhecer juridicidade às uniões homossexuais. Interpretam a falta de lei como correspondendo à vontade do Estado em não querer lhes conceder direitos, quando a motivação é bem outra: o preconceito. Esse mesmo preconceito gera também no judiciário enormes dificuldades em identificá-las como entidade familiar, como se as características anatômicas dos parceiros impedissem a vida em comum com os mesmos propósitos das relações heterossexuais.<sup>22</sup>

Não se pode negar a importância dos grandes avanços que o Judiciário possibilita em suas decisões acerca do tema, mas o reconhecimento e a proteção das relações homossexuais ficam, em regra, restritos aos aspectos patrimoniais, ignorando os fatores afetivos – principal característica destas relações – e tratando-as apenas como uma sociedade de fato, normalmente enquadrada no art. 981, do Código Civil: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”

Assim, enquanto as relações heterossexuais têm proteção especial do Estado, e são abrangidas pelo direito de família, as relações entre pessoas do mesmo sexo não recebem esta proteção. “A depender da identidade sexual do parceiro, diferenciada a tutela jurídica que se outorga. Mesmo idêntica a postura dos conviventes e a natureza do vínculo que os une, receberão tratamento desigualitário”, diz Maria Berenice Dias.<sup>23</sup>

Apesar de serem encontradas decisões que reconhecem estas relações como análogas à união estável, a proteção apenas com o setor patrimonial é visivelmente nítida, podemos destacar alguns julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOSSEXUAL.  
IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL.  
O relacionamento homossexual entre duas mulheres não se

<sup>22</sup> Idem, *ibidem*, p. 184.

<sup>23</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 185.

constitui em união estável, de modo a merecer a proteção do Estado como entidade familiar, pois é claro o § 3º do art. 226 da Constituição Federal no sentido da diversidade de sexos, homem e mulher, como também está na Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, bem como na Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. Entretanto, embora não possa se aplicar ao caso a possibilidade de reconhecimento de união estável, em tendo restado comprovada a efetiva colaboração de ambas as partes para a aquisição do patrimônio, impõe-se a partilha do imóvel, nos moldes do reconhecimento de uma sociedade de fato. Apelo parcialmente provido. (Apelação Cível Nº 70007911001, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 01/07/2004)

RECURSO ESPECIAL. RELACIONAMENTO MANTIDO ENTRE HOMOSSEXUAIS. SOCIEDADE DE FATO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE. PARTILHA DE BENS. PROVA. ESFORÇO COMUM. Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado. “Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido” (Recurso Especial nº 648.763/RS, Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro CÉSAR ÁSFOR ROCHA, DJ de 16-04-2007).

Ter toda uma história de vida, onde as principais finalidades são o amor, a vida em comum, a busca da felicidade, resumida apenas em uma sociedade de fato é um fim bem cruel para essas relações. Nitidamente injusto. Quando o motivo é a morte de um dos parceiros, a injustiça se torna ainda mais evidente, pois o sobrevivente irá adquirir apenas a meação dos bens, quando provada a sua colaboração, fazendo com que a outra metade fique com os familiares do de cujus, que, muitas vezes, hostilizam a sua opção sexual.

Fora as consequências elencadas, o reconhecimento apenas como união de fato também afasta os direitos de alimentos e sucessórios destas relações e a deixam fora do manto do direito de família, fazendo com que estejam apenas cobertas pelo direito das obrigações, diferenciando-as, cada vez mais, das decisões tomadas quando composta por casal heterossexual, que tem o abrigo do direito de família e todas as prerrogativas concebidas pelo Estado para esta união.

### 2.1.2 A SITUAÇÃO ATUAL NO BRASIL

O Brasil ainda não possui norma jurídica que regule a união homoafetiva. Como já visto, a Constituição e o Código Civil silenciam acerca do tema. O grande preconceito da sociedade a essas relações gera uma resistência ao legislador em normatizar este tema, visando não constranger o seu eleitorado. Do outro lado, se encontra o Poder Judiciário, onde os juízes, em face da lacuna da lei, decidem com base nos princípios constitucionais, evocando, principalmente, a dignidade da pessoa humana e a igualdade, e, através da analogia, mas, muitas vezes, tratando, nessas relações, apenas o caráter patrimonial e não o vínculo afetivo.

Desde 1995, tramita, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº1.151/95, de autoria da então deputada Marta Suplicy, objetivando disciplinar a “união entre pessoas do mesmo sexo”. Foi formada Comissão Especial destinada a promover um parecer preliminar ao projeto, que se pronunciou favoravelmente a sua constituição, resultando num Substitutivo ao Projeto, em 1996. Para não ter a possibilidade de ser confundida com o casamento, houve uma troca de nomenclatura de união civil para parceria civil registrada. Até hoje, o projeto ainda não foi votado.

O Projeto lida principalmente com as questões patrimoniais, mas também consegue abarcar algumas questões pessoais, não se podendo negar sua importância em proteger legalmente essas relações.

Matheus Teixeira da Silva mostra posição contrária a esta lei; de acordo com este autor:

Ao pretender o Estado tutelar situações idênticas (uniões afetivas) de formas díspares, incorre no gravíssimo equívoco de conferir diferentes status aos diferentes grupos sociais aos quais as normas se dirigem. Inegável que o casamento possui status jurídico superior ao contrato da parceria civil. Igualmente inegável que o reconhecimento social ao casamento seria diferente ao de uma união legalizada sob o permissivo da “parceria”. Assim, inequívoca seria a preferência do Estado em relação ao grupo tutelado pelo instituto do casamento, isto é, as uniões heterossexuais.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> SILVA, Matheus Teixeira da. “A (im)possibilidade jurídica do casamento homossexual no direito brasileiro e a (in)adequação da parceria civil.” Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=481>. Acesso em 18/03/2009.

Se todos são iguais perante a lei, realmente não se encontra razão em estabelecer um novo padrão de constituição de união afetiva apenas por serem formadas por pessoas do mesmo sexo, se todas as relações estão fundadas no afeto e possuem as mesmas intenções de convivência, vida em comum e construção de uma família, não há motivos para serem normatizadas de maneiras diferentes.

No campo previdenciário, encontra-se, com enorme significado, a Instrução Normativa nº25/2000 do INSS, que estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual. A decisão que motivou a expedição da referida instrução normativa foi intentada pelo Ministério Público Federal contra o INSS, na 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre. Fundamentada na violação do respeito à dignidade humana e ao princípio da isonomia, que proíbe a discriminação sexual. A sentença prolatada determinou a inscrição do companheiro de segurado homossexual como seu dependente principal, garantindo a percepção de auxílio reclusão e pensão por morte do benefício.

Apesar do caráter administrativo de tal regra, é a primeira normatização que contempla as relações homossexuais, primeiro passo para enlaçar na esfera da juridicidade tais relacionamentos.<sup>25</sup>

A Prefeitura do Recife, na lei nº16.730/2001, reconhece como beneficiários previdenciários de seus servidores o companheiro ou companheira homossexual. A regulamentação do decreto do então prefeito João Paulo foi publicada no Diário Oficial em março de 2002.

O Estado de Sergipe traz, em sua constituição, como garantia individual a proteção contra a discriminação por motivo de orientação sexual, como se vê no texto a seguir:

Art. 3º O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes:

II - proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou

<sup>25</sup> DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 115.

sensorial, convicção político-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei.

Do mesmo modo, o Estado do Mato Grosso também apresenta, na sua Constituição, esta proteção, garantida tanto pelo Estado quanto por seus Municípios, dispõe o art.10, III: “a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição”.

Também de autoria de Marta Suplicy, tramita, no congresso, a PEC 139/95, que tem o objetivo de alterar os artigos terceiro e sétimo da Constituição Federal, com a inclusão da liberdade de orientação sexual nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Mas, semelhante ao Projeto de Lei nº1.151/95, encontra-se arquivada desde o ano de 1999.

Encontra-se, também, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 2.285/2007, apresentado pelo Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), que dispõe sobre o Estatuto das Famílias, elaborado pelo IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), com o objetivo de revogar os dispositivos que regulamentam as Famílias nas Leis nºs. 10.406, de 2002 (CC/02); 5.869, de 1973; 5.478, de 1968; 6.015, de 1973; 6.515, de 1977 e 8.560, de 1992; além do Decreto-Lei nº 3.200, de 1941. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2007). Tem a finalidade de reconhecer a união estável, a união homoafetiva, a família parental, monoparental e pluriparental como entidades familiares, possibilitando a legitimação de direitos e deveres ainda não reconhecidos. Em sua justificativa, encontra-se a seguinte concepção: se os cidadãos brasileiros trabalham, pagam impostos, contribuem para o progresso do País, é inconcebível interditar-lhes direitos assegurados, em razão de suas orientações sexuais. Em seu Capítulo IV, normatiza a união homoafetiva, conforme teor a seguir:

#### **CAPÍTULO IV DA UNIÃO HOMOAFETIVA**

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se:

I - guarda e convivência com os filhos;

II - a adoção de filhos;

III - direito previdenciário;

IV - direito à herança.

Os Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul, Paraíba e o Distrito Federal, assim como as cidades de Recife, Blumenau, Salvador, Belo Horizonte, Londrina e Campinas possuem leis que garantem proteção contra a discriminação em virtude da orientação sexual. Estabelecem sanções às pessoas jurídicas que a violam, podendo, até mesmo, acarretar na cassação do alvará de funcionamento destes estabelecimentos.

### 2.1.3 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Com a ausência de leis que regulamentem estas relações, resta ao Poder Judiciário a responsabilidade de tomar as decisões advindas destas uniões. Os juízes se socorrem do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina a aplicação da analogia, dos costumes e princípios gerais do direito. Fundamentam-se, também, nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade.

A falta de normatização também contribui para a não uniformização das decisões, o que acarreta insegurança jurídica e injustiças, quando casos concretos semelhantes recebem soluções diferentes.

As maiorias das decisões estão longe de reconhecer como entidade familiar as uniões homoafetivas. O reconhecimento é o da sociedade de fato, valorizando apenas o aspecto patrimonial da relação, confinando-as ao direito obrigacional, não possuindo a proteção do direito de família. Assim, a competência das demandas é das varas cíveis, normalmente, não são reconhecidos direitos a alimentos ou sucessórios, no caso de morte de um dos parceiros, em regra, é buscada em juízo a meação dos bens integrados ao patrimônio durante o período de convívio, e não a sua integralidade, e o parceiro sobrevivente tem que provar sua participação na aquisição dos bens. Nitidamente injusto, a outra metade dos bens, muitas vezes, é destinada a familiares distantes que, em geral, desaprovavam a opção sexual do de cujus, ou até mesmo, declarados vacantes.

Apesar de todas essas privações, ainda é na jurisprudência que se encontram as mais importantes decisões acerca do reconhecimento das uniões homoafetivas no país, principalmente na Região Sul.

A justiça gaúcha, em 1999, de forma inédita, definiu a competência das varas de família para o julgamento das questões envolvendo relações homossexuais. Essa decisão é de fundamental importância, porque nela se reconhece o afeto existente nestas relações, protegendo-as com a tutela do direito de família.

EMENTA: RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, a semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido. (Agravo de Instrumento Nº 599075496, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999)

Encontram-se, também, na justiça gaúcha, interessantes e inovadoras decisões acerca do tema:

EMENTA: HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante os princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. (TJ/RS, Apelação Cível No. 598362655, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador José Trindade, em 01/03/00)

Atualmente, é possível visualizar mudanças e inovações nos julgados de diversos tribunais que vêm reconhecendo o afeto nas uniões homoafetivas, caracterizando as relações como entidades familiares, valorizando o lado emocional no lugar do lado patrimonial. São encontradas analogias entre a relação homossexual com a união estável, o que se pode comprovar abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. SEPARAÇÃO DE FATO DO CONVIVENTE CASADO. PARTILHA DE BENS. ALIMENTOS. União homossexual: lacuna do Direito. O ordenamento jurídico brasileiro não disciplina expressamente a respeito da relação afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo. Da mesma forma, a lei brasileira não proíbe a relação entre duas pessoas do mesmo sexo. Logo, está-se diante de lacuna do direito. Na colmatação da lacuna, cumpre recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, em cumprimento ao art. 126 do CPC e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Na busca da melhor analogia, o instituto jurídico, não é a sociedade de fato. A melhor analogia, no caso, é a com a união estável. O par homossexual não se une por razões econômicas. Tanto nos companheiros heterossexuais como no par homossexual se encontra, como dado fundamental da união, uma relação que se funda no amor, sendo ambas relações de índole emotiva, sentimental e afetiva. Na aplicação dos princípios gerais do direito a uniões homossexuais se vê protegida, pelo primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio de sua condição. Somente dessa forma se cumprirá à risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo. A análise dos costumes não pode discrepar do projeto de uma sociedade que se pretende democrática, pluralista e que repudia a intolerância e o preconceito. Pouco importa se a relação é hétero ou homossexual. Importa que a troca ou o compartilhamento de afeto, de sentimento, de carinho e de ternura entre duas pessoas humanas são valores sociais positivos e merecem proteção jurídica. Reconhecimento de que a união de pessoas do mesmo sexo, geram as mesmas conseqüências previstas na união estável. Negar esse direito às pessoas por causa da condição e orientação homossexual é limitar em dignidade a pessoa que são. A união homossexual no caso concreto. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos da união estável (art. 1.723 do CC) e demonstrada a separação de fato do convivente casado, de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face

dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de conseqüência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, tal como a partilha dos bens, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70021637145, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/12/2007)

O Tribunal Superior Eleitoral, no Recurso Especial Eleitoral nº 24564/PA, em que julgou a candidatura da companheira da atual Prefeita, ao cargo de Prefeito, decidiu que “Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da CF.”<sup>26</sup> Um reconhecimento implícito a natureza familiar da relação.

Essas decisões do Judiciário são contribuições de fundamental importância para uma futura normatização das relações homoafetivas. De acordo com Maria Berenice Dias:

Essa talvez seja a função – verdadeira missão – dos juízes: buscar de forma corajosa um resultado justo. Com isso, a jurisprudência acaba estabelecendo pautas de conduta de caráter geral. Mesmo apreciando o caso concreto, funciona o juiz como agente transformador da própria sociedade.<sup>27</sup>

O Poder Judiciário é um importante instrumento de inovação para o direito. A sociedade tende a aceitar o que a justiça aponta como certo, o reconhecimento da relação entre pessoas do mesmo sexo pelo Poder Judiciário facilitará a diminuição do preconceito que ainda teima em existir, e contribuirá para a construção de uma sociedade justa e igualitária.

## 2.2 SITUAÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

A situação jurídica em outros países encontra-se bem diversificada em relação à aceitação das uniões homossexuais. Há países onde se observa

<sup>26</sup> LÔBO, Paulo. Op. cit. p. 72.

<sup>27</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 190.

extrema repressão, por ter uma sociedade fortemente ligada à religião, normalmente os muçulmanos e islâmicos, onde estas relações chegam até a ser condenadas, como também há os países que já legalizaram a relação homoafetiva, dando proteção do Estado aos casais do mesmo sexo - normalmente, os países europeus.

Em 1989, a Dinamarca reconhece legalmente a união homoafetiva, sendo, assim, o primeiro país a aceitar, sob a proteção do Estado, a união entre pessoas do mesmo sexo. Já em 1968, o Partido dos Socialistas Populares apresentou proposta de lei ao parlamento dinamarquês, mas foi rejeitada. Anos depois, em 1973, também houve outra tentativa de legalização, feita através da comissão para a reforma do casamento, enfatizando os problemas de ordem habitacional e sucessório enfrentados pelos homossexuais, mas também não houve êxito.

O movimento homossexual também não simpatizava com a instituição do casamento e, assim, foi criada a partnerskab, abarcando as idéias de parceria, conjugalidade, companheirismo. Antes de sua aprovação, foi realizada uma pesquisa, onde 57% dos entrevistados foram favoráveis ao projeto de lei, contra 25% contrários e 17% não opinaram.<sup>28</sup>

Os direitos e deveres concebidos ao casal foram iguais aos do matrimônio, apenas com as exceções em relação à adoção e à procriação assistida. Foram estabelecidos, também, os mesmos requisitos de idade, capacidade e causa impeditiva.

A Dinamarca traz a estas relações uma importante conquista, pois o seu modelo foi acolhido também por outros países, como a Noruega – em 1993, por iniciativa do Ministério da Criança e da Família, seguido pela Groelândia – em 1994, onde houve a extensão da lei da Dinamarca para este país, e, neste mesmo ano, o parlamento sueco também adota o partnerskab. Neste país, desde 1988, as relações com mais de seis meses já tinham algumas vantagens, sendo considerado o primeiro país a tutelar a união homossexual. A Islândia também criou o seu registro, onde teve do parlamento quase uma unanimidade, com apenas uma abstenção e um voto contra.

A Holanda mostra-se um dos países que mais apóiam e protegem as relações homossexuais, foi o primeiro país a aceitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em 1998, criou lei possibilitando o registro das

<sup>28</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 91.

uniões heterossexuais como das homossexuais. Alguns de seus municípios, desde 1991, possibilitavam o registro de convivência entre pessoas do mesmo sexo. Mas foi em 2001 que houve a legalização do casamento, fazendo que os casais homossexuais tenham os mesmos direitos adquiridos pelo matrimônio dos casais heterossexuais, não havendo nenhuma distinção.

A lei anterior ainda continua em vigor, assim, tanto os homossexuais como os heterossexuais podem optar pelo casamento ou pelo registro da união e também possibilita a migração entre estes institutos.

Mostrando-se pioneiro nos direitos homossexuais, este país também aprova a adoção pelos casais com mais de três anos de convivência.

Na Finlândia, foi aprovada, em 2001, uma lei possibilitando aos casais homossexuais procederem seus registros - pesquisa realizada mostrou que 67% da população era favorável ao registro.<sup>29</sup>

A Hungria considera, em seu Código Civil, a união homossexual como uma união de fato, mas não a reconhece dentro do direito de família.

Em Portugal os parceiros heterossexuais ou homossexuais, que vivem por mais de dois anos em união de fato, têm os mesmos direitos dos casais heterossexuais com vínculos matrimoniais. Não possibilitam a adoção, mas proporcionam muitos direitos em outros aspectos, como traz o art. 3º, da lei nº7/2001:

O sistema de PAC'S, aprovado em 1999 pela França, não distingue se a relação é homo ou heterossexual. Cria-se, com ele, um pacto de solidariedade, atribuindo-lhe efeitos semelhantes aos da família constituída pelo modelo formal. O PAC'S é definido como: "o pacto civil de solidariedade é o contrato concluído por duas pessoas maiores, de sexo diverso ou igual, a fim de organizarem a própria vida em comum."<sup>30</sup>

O Parlamento Europeu aprovou duas resoluções em defesa aos direitos dos homossexuais. Uma, em 1994, na qual defende a paridade de tratamento a todos os cidadãos, independentemente de sua orientação sexual. E outra em 1998, definindo o que deve ser seguido para a completa equiparação de tratamento a todos os cidadãos europeus.

A Constituição da África do Sul, de 1996, foi a primeira que expressamente proibiu a discriminação em razão da tendência sexual.

A cidade de Buenos Aires, em 2003, sancionou lei em que define a união civil como "a união formada livremente por duas pessoas independente de

<sup>29</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Op. cit., p. 98.

<sup>30</sup> Idem, ibidem, p. 106.

seu sexo ou orientação sexual.”<sup>31</sup> As condições exigidas são a convivência afetiva estável e pública por, no mínimo, dois anos e o domicílio legal na cidade, pelo mesmo período. Em seu artigo 4º, a lei 1004/2002 expressa a igualdade de tratamento dos integrantes da união civil ao dos cônjuges.

Nos Estados Unidos, que adota o modelo federalista, cada Estado tem a sua própria legislação. De um modo geral, não protegem juridicamente a relação homoafetiva, mas há suas exceções. Os Estados do Havaí, São Francisco, Vermont, Massachusetts, Connecticut e Iowa, se mostram favoráveis a estas relações. Em Vermont, o Parlamento aprovou, em 2002, a lei sobre uniões civis, determinando igual tratamento entre união homossexual registrada e casamento. Já os Estados de Maine, Geórgia Michigan e Oklahoma se posicionam em outro extremo. Esta distinção de opiniões deu origem a uma lei federal, criada por Clinton, onde se estabelece que nenhum Estado é obrigado a reconhecer o casamento de pessoas do mesmo sexo, tratados sobre a leis de outro Estado.

A Bélgica, a Espanha, o Canadá e a Noruega autorizam o matrimônio entre os homossexuais. Na Bélgica, a aprovação ocorreu em 2003, os casais homossexuais têm os mesmos direitos dos heterossexuais em relação a patrimônio e herança, e também podem adotar crianças. Em 2005, a Espanha legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, seguido pelo Canadá, quarto país do mundo a reconhecer esta união. Na Noruega, a aprovação ocorreu em 2008 e é permitida também a adoção de crianças.

### CAPÍTULO 3

#### A NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

##### 3.1 A REPERSONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA

Anteriormente, encontravam-se, no casamento, as funções econômica, política, religiosa e procracional.<sup>32</sup> A família como instituição capaz de prover sustento, patrimônio e filhos, reconhecida e com proteção especial pelas leis do Estado. Só através do casamento, se poderia obter esta proteção, até mesmo os filhos só eram reconhecidos quando nascidos na constância matrimonial.

---

<sup>31</sup> Idem, *ibidem*, p. 119.

<sup>32</sup> LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11.

A Igreja, protetora da instituição familiar, exercia uma grande influência nesta concepção. Com uma sociedade que recebeu inspiração cristã, criou-se uma ideologia baseada em seus dogmas e filosofia. Formata-se, assim, um Estado que tem por base a entidade familiar, indissolúvel, formada entre homem e mulher, com a procriação como sua principal finalidade.

Assim, durante muito tempo, o casamento se estabeleceu na sociedade brasileira como a única maneira de se constituir uma família; observou-se enorme resistência em se reconhecer outros modos de formação da família, fazendo com que inúmeras relações se tornassem invisíveis ao Estado, não possuindo as pessoas a proteção merecedora do direito de família. Como já visto anteriormente, apenas com a Constituição de 1988 foram reconhecidas outras formas de entidade familiar, como a união estável e a família monoparental.

O direito existe com a finalidade essencial de organizar a vida das pessoas; ele é construído em função delas, para servi-las. Tem, assim, a obrigação de acompanhar as mudanças da sociedade e com ela evoluir, renovando suas leis, princípios e conceitos para criar, cada vez mais, um ambiente justo, igualitário e harmonioso, onde exista respeito e valorização a todos os seres humanos.

Por muito tempo, o direito de família deu grande enfoque às questões patrimoniais que envolvem as relações. As leis procuravam proteger, principalmente, o patrimônio construído pelos cônjuges, dando proteção especial à parte que se encontrava em situação de desvantagem. Não que o patrimônio não tenha sua importância numa relação a dois, mas não cabe a ele o papel principal quando o assunto é a constituição de uma família.

A introdução dos princípios constitucionais possibilitou grande evolução no direito de família e impulsionou uma mudança de enfoque do patrimônio para a pessoa - a pessoa humana como o centro da relação jurídica, valorizando-se o ser e não o ter. Identifica-se, assim, o fenômeno da repersonalização do direito, no qual encontra na família o espaço por excelência.

A repersonalização é a valorização da pessoa humana. Paulo Lobo ensina que “o fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, valoriza o interesse da pessoa mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa para ressaltar sua dignidade”.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> LÔBO, Paulo. Op. cit., pp. 11-12.

Não cabe mais a excessiva valorização do lado patrimonial, característica marcante do direito de família em épocas anteriores, nas relações atuais. A família, hoje, é construída com o pilar do afeto, composta por uma relação de dedicação, assistência mútua e solidariedade, onde as pessoas buscam encontrar a felicidade, sendo a satisfação pessoal o principal personagem desta unidade. A tendência é então, de pluralização das formas familiares; não mais se vive em uma sociedade onde o casamento é o único modo de constituição de família, esta instituição não deixou de ter a sua importância, mas as pessoas se mostram propensas a buscar o seu modo de vida em particular, construindo relações familiares de formas cada vez mais diversas.

Cabe ao Estado, no plano do direito de família, reconhecer e criar proteção especial a todas as formas de união familiar.

O desafio lançado ao novo Direito de Família consiste em aceitar o princípio democrático do pluralismo na formação das entidades familiares e respeitar as diferenças intrínsecas de cada uma delas, efetivando a proteção e provendo os meios para resguardar o interesse das partes, conciliando o respeito à dignidade humana, o direito à intimidade e à liberdade com os interesses sociais e, somente quando indispensável, recorrer à intervenção estatal para coibir abusos.<sup>34</sup>

O reconhecimento jurídico da relação de afeto como a principal finalidade das relações entre as pessoas, assim como a aceitação do pluralismo familiar e a repersonalização do direito justificam o reconhecimento das relações homoafetivas pelo direito brasileiro. Todos os tipos de famílias e associações sexuais, sem qualquer hierarquia entre elas, merecem proteção do Estado.<sup>35</sup> A Constituição não hierarquiza as formas de modelo familiar e a diversidade de formas de constituição de família exige maneiras diferentes de reconhecimento e proteção pelo Estado.

### **3.2. A SEXUALIDADE COMO UM DIREITO DE PERSONALIDADE**

A sexualidade é inerente à condição humana, acompanha a pessoa desde o nascimento. Todos devem ter o direito e a liberdade de exercê-la

---

<sup>34</sup> BRAUNER, Maria Claudia Crespo; SCHIOCCHET, Taysa. Op. cit., p. 319.

<sup>35</sup> Idem, ibidem, p. 321.

livremente, em busca da realização de seus desejos. Afirma Maria Berenice Dias que:

Ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. O direito igualitário independe da tendência afetiva. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade.<sup>36</sup>

O direito à orientação sexual, reconhecido como atributo inerente à pessoa, insere-se no direito de personalidade. Luiz Edson Fachin ensina que se encontra no texto constitucional – o qual assegura a liberdade, a igualdade, sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da vida privada e da intimidade – a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como um direito personalíssimo, atributo inerente e inegável de toda pessoa.<sup>37</sup>

Edson Ferreira da Silva define o direito de personalidade como:

Os direitos que incidem sobre bens concernentes à individualidade de cada pessoa e, sendo insuscetíveis de gozo por outra, não comportam nenhuma forma de transmissão. Os direitos de personalidade são inatos, não porque a sua existência independa, ou seja, anterior ao ordenamento jurídico, mas porque para a sua aquisição basta o pressuposto da personalidade jurídica.<sup>38</sup>

Os direitos de personalidade são assim reconhecidos e protegidos pela Constituição e são os direitos próprios da condição humana; podem ser de ordem física, psíquica ou moral, surgem com o nascimento do ser humano e o acompanham por toda a sua vida, sendo intransmissíveis e irrenunciáveis.

À medida que a sexualidade está presente na vida de todo ser humano e a todos cabe a liberdade de exercê-la da forma que escolher, pois

<sup>36</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 184.

<sup>37</sup> FACHIN, Luiz Edson apud BRAUNER, Maria Claudia Crespo; SCHIOCCHET, Taysa. Op.cit. p. 324.

<sup>38</sup> SILVA, Edson Ferreira da apud BRAUNER, Maria Claudia Crespo; SCHIOCCHET, Taysa. Op. cit., p. 324.

todos possuem o direito de buscar a felicidade e realizarem-se íntima e afetivamente, compete ao Estado a obrigação de proteger, independente de qualquer tipo de preconceito, as formas de atuação da sexualidade, seja entre pessoas de sexo diferentes ou pessoas do mesmo sexo.

### **3.3. AS FAMÍLIAS PLURAIS E O AFETO COMO A PRINCIPAL CARACTERÍSTICA DA FORMAÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR**

As pessoas vivem em busca de sua felicidade, procurando realizar as suas satisfações, e é na construção de uma família que conquistam os seus anseios mais íntimos. Elas procuram, em um mundo cheio de opções, uma única pessoa para construir uma vida em comum, com base no afeto, no amor, na convivência mútua. Com ela, vão exercer sua sexualidade, dividir seu cotidiano, construir um patrimônio em comum.

Com a evolução da sociedade, as formas de relacionamentos afetivos cada vez mais se mostram variados, e são encontradas hoje diversas maneiras de constituição de família. Não cabe mais o reconhecimento pelo Estado apenas das relações tradicionais. O mundo mudou, a sociedade está mais tolerante e as pessoas tendem em ter mais liberdade nas suas escolhas.

Ainda predomina o estilo tradicional da constituição de família, as que são estabelecidas através do casamento, mas a pluralidade de formas faz com que se encontrem famílias variadas, formadas por um dos pais com seus filhos, casais sem filhos, filhos sem pais, pessoas que saíram de relações anteriores com seus filhos procurando reconstruir suas vidas com outro companheiro, casais formados por pessoas do mesmo sexo, entre outros. Perdendo, assim, a família a função originária de casamento, sexo e procriação e ganhando uma conotação de realização de sentimentos sublimes como o amor e o afeto.

O foco atual não é mais no patrimônio e, sim, na pessoa, com a repersonalização do direito. Ainda há proteção para os bens adquiridos durante a relação conjugal, mas a pessoa toma o papel principal merecedora de proteção especial do Estado.

É o afeto o elemento caracterizador e presente em todas as formas de família. Segundo Maria Berenice Dias:

Agora, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca

no manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo<sup>39</sup>

É também pela existência do afeto que se justifica a proteção de todas estas relações pelo direito de família, por que são os sentimentos que predominam nas relações, e não as questões obrigacionais. De acordo com João Batista Villela:

É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos.<sup>40</sup>

A Constituição de 88 contribuiu, e muito, para a evolução no direito de família ao reconhecer o afeto como elemento identificador das entidades familiares, trazendo para o ordenamento jurídico a proteção às uniões estáveis e o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento. Ao direito de família cabe, agora, a execução de proteção a todas as formas de entidade familiar.

### **3.4. OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

A Constituição Federal consagrou, no art. 1º, III, entre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana. Esse princípio também é garantido pela Carta das Nações Unidas, assinada no dia 26 de junho de 1945, em São Francisco, como também na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 que tem em seu preâmbulo e em seu artigo 1º o texto a seguir:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo [...] Artigo 1º. Todos os seres humanos nascem livres

<sup>39</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 40.

<sup>40</sup> VILLELA, João Batista apud DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 41.

e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

A garantia da dignidade da pessoa humana é de suma importância ao ser humano. Viver dignamente envolve escolhas de preceitos morais e éticos a se seguir e também a conquista de que, independente da escolha, o respeito tem que ser garantido. Ensina o professor Rizzatto Nunes que

A dignidade nasce com a pessoa, é inata e inerente à sua essência. O indivíduo nasce com integridade física e psíquica, cresce e vive no meio social, e tudo o que o compõe tem que ser respeitado, conclui também que: a dignidade humana é um valor preenchido a priori, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa.<sup>41</sup>

Difícil encontrar uma conceituação precisa para definir o termo dignidade da pessoa humana, mas todos conseguem compreender que o direito à dignidade é inerente à vida; as pessoas o possuem apenas pelo fato de existir, todos têm o direito de viver de forma digna, de ter suas opções, intimidade e escolhas respeitadas, de serem livres para escolher o seu modo de vida e buscar a felicidade afetiva e familiar.

Segundo conceitua Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> NUNES, Rizzatto apud CUNHA, Márcia Elena de Oliveira. “O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no direito de família”. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=482>. Acesso em 08/05/2009.

<sup>42</sup> MORAES, Alexandre de. apud CUNHA, Márcia Elena de Oliveira. “O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no direito de família”. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=482>. Acesso em 08/05/2009.

No Brasil, há exemplos que feriram este princípio: quando a mulher tinha posição inferior ao homem na convivência matrimonial, quando os filhos que eram gerados fora do casamento não podiam ser registrados, ou também o não reconhecimento de formas de constituição de família além da estabelecida pelo casamento, essas questões foram resolvidas com a Constituição de 1988.

Atualmente, ainda se encontram afrontas a este princípio, como a falta de reconhecimento das relações homoafetivas no ordenamento jurídico brasileiro. A invisibilidade dada a estas e outras formas de constituição de família pelo direito brasileiro faz com que o Estado negue este princípio fundamental a muitos de seus cidadãos.

O Estado, ao assegurar este princípio, passa a ser responsável em promover ações que garantam a todas as pessoas uma vida digna, tendo, assim, a obrigação tanto de não interferir na vida das pessoas, respeitando suas opções, como de ser ativo e concorrer para que todos possam exercer as suas escolhas de vida com o acolhimento da tutela jurídica. Ingo Wolfgang Sarlet afirma que: “Percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos.”<sup>43</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana acolhe inúmeros outros princípios como o da liberdade, cidadania, personalidade, igualdade, solidariedade, como também se interliga com os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos, são temas que precisam estar em sintonia para conseguir uma verdadeira efetividade. São princípios éticos. Traduzem o espírito e a essência do ideal de uma sociedade justa e democrática, onde todos sejam iguais e livres, e onde não haja lugar para discriminações.

Carmen Lúcia Antunes Rocha foi uma das primeiras doutrinadoras brasileiras a considerar a dignidade como um superprincípio constitucional, ela ensina que:

Dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de

<sup>43</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. apud SILVA, Matheus Teixeira da. “A (im)possibilidade jurídica do casamento homossexual no direito brasileiro e a (in)adequação da parceria civil.” Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=481>. Acesso em 18/03/2009.

merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.<sup>44</sup>

O direito de família só estará em correspondência com a dignidade e com os Direitos Humanos, quando reconhecer todos os tipos de relações como entidade familiar e proporcionar a todas elas a proteção especial que elas merecem.

O princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa uma igual dignidade para todas as entidades familiares, sendo indigno dar tratamento diferenciado aos vários tipos de constituição de família.<sup>45</sup>

O princípio da igualdade, também normatizado pela atual constituição brasileira, em seu art. 5º, que proclama que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”, garante que todos têm o direito de receber do Estado iguais condições de tratamento, independente de suas escolhas. Este princípio está intimamente ligado ao respeito às diferenças, à questão da cidadania. Não há uma sociedade que seja formada apenas por pessoas iguais, as diferenças existentes entre as pessoas são de grande importância para a construção e o desenvolvimento social. As pessoas precisam aprender a conviver, aceitar e respeitar as diferenças entre elas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

É agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guardam relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores para o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 94.

<sup>45</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores para o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 100.

<sup>46</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira apud SILVA, Matheus Teixeira da. Op. cit.

Este princípio faz com que as pessoas sejam sujeitos de direitos e obriga ao Estado assegurar a não ocorrência de arbitrariedades e garantir o direito de todos serem acolhidos pela tutela jurídica.

Segundo José Afonso da Silva:

Uma forma de inconstitucionalidade revela-se em se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-os em face de outros da mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis. O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade.<sup>47</sup>

Observa-se, assim, claramente, que o não reconhecimento das uniões homoafetivas fere os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, como também os demais princípios éticos consagrados pela Constituição. As relações entre pessoas do mesmo sexo são baseadas em sentimentos e aspirações idênticas às relações heterossexuais. Em ambas, encontra-se a vontade de constituir uma família mantendo uma união contínua e duradoura, com comunhão de vida plena e todas as consequências que esta união acarreta – fidelidade recíproca, múltipla assistência, vida em comum, respeito e consideração. O indivíduo não pode ser privado de direitos apenas pela sua orientação sexual quando o Estado tem o dever de lhe proporcionar uma vida digna e com direitos iguais a todos. O preconceito com as diferenças não pode fazer com que uma parte da sociedade deixe de usufruir das garantias constitucionais.

As conquistas realizadas através das decisões judiciais, apesar de, atualmente, tendentes a reconhecer, nestas relações, idênticos efeitos das relações heterossexuais, não é o caminho ideal para um país onde sua Constituição garante igualdade a todos. Não se tem igualdade enquanto uns têm sua união afetiva legalmente positivada, sobre proteção da tutela jurídica, e outros, apenas pelo fato de terem outra orientação sexual, têm que recorrer ao Poder Judiciário para que este mesmo tipo de união seja reconhecida. Precisam provar a existência da relação, enfrentar a morosidade do Judiciário, arcar com custas e honorários de advogados, entre outros entraves, para conseguir garantir seus direitos, direitos que o Estado lhe deve, porque são igualmente cidadãos.

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso apud SILVA, Matheus Teixeira da. Op. cit.

A igualdade é encontrada no momento em que todas as relações sejam reconhecidas pelo mesmo instrumento e recebam igual proteção do Estado. Não cabe em um país, constituído no Estado Democrático de Direito, que tem como seus fundamentos constitucionais a cidadania, a dignidade da pessoa humana e como um de seus objetivos a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, a ausência de regulamentação da união homoafetiva, clara forma de desigualdade de tratamento entre os seus cidadãos, clara forma de discriminação, clara forma de desrespeito à dignidade humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou estudar a necessidade da legalização das uniões homoafetivas pelo ordenamento jurídico brasileiro, para que elas sejam reconhecidas como entidade familiar e acolhidas pelo direito de família, proporcionando a todas as pessoas, independente de sua orientação sexual, a mesma tutela jurídica.

Historicamente, o direito normativo do país se mostrou atrasado em acompanhar as constantes mudanças ocorridas na sociedade. O casamento foi considerado uma instituição indissolúvel até o ano de 1977 e a união estável entre o homem e a mulher; a igualdade entre os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou adotados; a família monoparental; bem como o fim do poder patriarcal em substituição pela igualdade de poderes entre o homem e a mulher, só foram positivados pela Constituição de 1988.

A legislação brasileira não consegue alcançar as mudanças e inquietações da sociedade, demonstrando, também, como foi em toda a sua história, um caráter moralista, tradicionalista e preconceituoso. As leis não conseguem seguir o ritmo da sociedade. Apesar disto, o direito, principalmente através do Poder Judiciário, tem se mostrado tendente a acompanhar a evolução social, recorrendo-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais e baseando-se suas decisões nos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, cidadania, solidariedade, entre outros. Assim, o Judiciário tem conseguido apresentar soluções justas aos que o procuram.

Enquanto isso, a sociedade se mostra cada vez mais com uma diversidade de formas em relação ao modo de constituição de família, e

o que era reconhecido pelo simples conjunto de pai, mãe e filhos, passou a ser formado por uma variedade de membros, formadores de famílias diversificadas, onde cada um encontra seu papel individual e sua realização afetiva. A abertura do mercado de trabalho para a mulher, o distanciamento entre a Igreja e o Estado, a liberdade sexual conquistada através de métodos contraceptivos, a opção de casais em não terem filhos, assim como os avanços tecnológicos acerca de fertilização, foram alguns dos aspectos que contribuíram para essas grandes mudanças.

As uniões afetivas, com sua pluralidade de formas, deixam de ter o seu objetivo principal a procriação e passam a ter a existência do afeto a sua principal razão de ser. O patrimônio também perde seu lugar de destaque na proteção jurídica oferecida pelo Estado, para dar a vez ao indivíduo, ao ser humano, fenômeno denominado como repersonalização do direito. E não há outro lugar mais adequado do que o ambiente familiar para ocorrer a valorização da pessoa humana.

As uniões homoafetivas são uma realidade presente na sociedade brasileira e não podem ser ignoradas, possuem características iguais aos da união heterossexual. São fundadas no amor, no afeto e seus integrantes buscam a convivência mútua, a construção de uma vida em comum, a realização sexual, exatamente como os heterossexuais. Não há razão para a orientação sexual ser uma barreira na aplicação de direitos, apenas o preconceito justifica a ausência desta regulamentação.

A Constituição, assim como o Código Civil, silencia acerca destas relações. Definem casamento e união estável como a relação entre o homem e a mulher, tornando assim as relações homossexuais invisíveis ao mundo jurídico. A invisibilidade tende a marginalizar parte da sociedade, colaborando, mais ainda, para a manutenção do preconceito já existente. Em muitos países, principalmente os europeus, essas relações são reconhecidas, alguns adotam o mesmo sistema para homo ou heterossexuais, já outros têm forma diferente para a oficialização.

De um modo geral, o Brasil vem apresentando avanços neste aspecto, com leis que proíbem a discriminação dos homossexuais, que reconhecem direitos ao companheiro no setor previdenciário e com as decisões judiciais favoráveis ao reconhecimento destas relações. Também se encontram dois projetos de leis tramitando na Câmara dos Deputados. Um deles, o Projeto de Lei nº 2.285/2007, busca reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar. Mas ainda há um grande caminho a ser percorrido e a principal

barreira a ser vencida é o preconceito. Num país tradicionalista e de forte referência cristã, a sociedade se mostra avessa aos comportamentos que fogem do padrão comum.

Os nobres princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da cidadania, da solidariedade, da personalidade, abarcando o direito à sexualidade, consolidados pela Constituição Federal são fundamentos suficientes para a concessão do reconhecimento das relações homoafetivas no Brasil.

Somando-se a eles, as mudanças ocorridas na visão da família, com a repersonalização do direito, a tutela concedida ao afeto e a pluralidade das entidades familiares existentes na sociedade, justificam a regulamentação destas uniões para que sejam reconhecidas como entidade familiar e tenham proteção especial do Estado sendo abrangidas pelo direito de família.

## REFERÊNCIAS

### 1. LIVROS

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; SCHIOCCHET, Taysa. “O reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas no direito de família brasileiro.” In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Coord.). Questões controvertidas no direito de família e das sucessões, São Paulo: Método, 2005.

DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre homoafetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4 ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LÔBO, Paulo. Famílias. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. União entre pessoas do mesmo sexo. Aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. V. Direito de Família. 16ªed. Rio de Janeiro: 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores para o direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família: Lei nº10.406, de 10.01.2002. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

## 2. ARTIGOS

CARVALHO, Danilo Éder Pinheiro. “União Homoafetivas: (Re) Construindo a Identidade Familiar.” Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=425>. Acesso em 18/03/2009.

CUNHA, Márcia Elena de Oliveira. “O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no direito de família.” Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=482>. Acesso em 08/05/2009.

JÚNIOR, Enésio de Deus Silva. “Família Homoafetiva.” Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=493>. Acesso em 08/05/2009.

SILVA, Matheus Teixeira da. “A (im)possibilidade jurídica do casamento homossexual no direito brasileiro e a (in)adequação da parceria civil.” Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=481>. Acesso em 18/03/2009.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. “Homoafetividade e família. Casamento civil, união estável e adoção por casais homoafetivos à luz da isonomia da dignidade humana.” Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=434>. Acesso em 18/03/2009.

### 3. LEGISLAÇÃO

BLUMENAU. Lei nº 7.153/2007, de 04 de outubro de 2007. Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Congresso. Projeto de Lei nº 1.151/1995. Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Câmara dos Deputados.

BRASIL. Congresso. Projeto de Lei nº 2.285/2007. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Câmara dos Deputados.

BRASIL. Lei nº 10.406. Código Civil, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº 11.340. Lei Maria da Penha, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

# A INTERVENÇÃO JUDICIAL E O CUMPRIMENTO DA TUTELA ESPECÍFICA

*Sérgio Cruz Arenhart*

Procurador da República. Ex-juiz federal.  
Mestre e Doutor em Direito.  
Professor da UFPR e da UTP.

**RESUMO:** O artigo trata do emprego da intervenção judicial em pessoa jurídica como técnica utilizável para a imposição do cumprimento de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa (art. 461 e 461-A, do CPC). Procura-se analisar a medida, em suas várias modalidades e as possíveis restrições ao seu cabimento, bem como as vantagens e desvantagens de seu emprego.

**SUMÁRIO:** 1. Considerações introdutórias. 2. Medidas de indução e medidas de sub-rogação. 3. A intervenção judicial no direito brasileiro. 4. Espécies de intervenção judicial. 5. Questões procedimentais da intervenção judicial. 6. Limitações à intervenção judicial

## 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Um dos grandes obstáculos à efetividade da prestação jurisdicional – especialmente das tutelas específicas – encontra-se na adequada análise dos instrumentos disponíveis ao magistrado para fazer cumprir a sua ordem e impor ao requerido a exata satisfação daquilo a que o autor tem direito.

É comum dizer-se que o juiz dispõe de um leque aberto de medidas de apoio para impor o cumprimento das prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, em razão do que dispõe o art. 461, § 5º, do CPC (ou o art. 84, § 5º, do CDC). A afirmação é verdadeira, mas merece certo temperamento. É que, embora haja liberdade na criação e na adoção de medidas de apoio,

essas só se legitimam se não encontrarem óbice em outro lugar do Direito.<sup>1</sup> A regra, portanto, é de que será permitido ao juiz utilizar de qualquer técnica não vedada pela ordem jurídica – diretamente, ou em decorrência de seus princípios.

Afinal, se é verdade que a Constituição da República garante, em seu art. 5º, inc. XXXV, o acesso à tutela jurisdicional adequada e efetiva, também é correto dizer que essa diretriz não pode ser atingida com o total desrespeito a outras liberdades com o mesmo *status* constitucional, a exemplo da garantia da inviolabilidade pessoal (art. 5º, *caput*, da CR) ou da proibição do emprego de penas cruéis (art. 5º, inc. XLVII, *e*, da CR).

É, portanto, no equilíbrio entre as exigências de uma tutela jurisdicional efetiva e as demandas decorrentes do sistema de proteção de liberdades, imposto pelo texto constitucional e infraconstitucional, que se deve dimensionar as técnicas de apoio disponibilizadas para o juiz, por via do art. 461, § 5º, do CPC.

Em que pese a riqueza do assunto, o objetivo deste texto é bem mais modesto. Busca-se, aqui, simplesmente, analisar uma das possíveis técnicas de que se pode lançar mão, com base no dispositivo legal acima mencionado, para tornar eficiente a decisão judicial. Especificamente, pretende-se, aqui, estudar a chamada intervenção judicial, técnica pouco conhecida e empregada, mas que pode surtir efeitos extremamente positivos para conferir efetividade aos provimentos jurisdicionais.

## 2. MEDIDAS DE INDUÇÃO E MEDIDAS DE SUB-ROGAÇÃO

É comum assimilarem-se as técnicas oferecidas pelo art. 461, do CPC, às medidas de coerção. Provavelmente, isso se dá em razão do fato de que o art. 461, § 4º, do CPC, expressamente refere à multa coercitiva como uma das técnicas utilizáveis, o que pode fazer o senso comum imaginar que

---

<sup>1</sup> Seriam impensáveis no Brasil, por exemplo, a imposição de penas ou sanções que denigram a imagem do infrator (ditas *shaming punishments*). São famosas, nos Estados Unidos, condenações impostas pelo juiz Michael A. Cicconetti, da *Municipal Court of Painesville* (Ohio). Apenas como exemplo, tem-se o caso em que ele condenou um réu acusado de solicitar favores sexuais a uma prostituta a, entre outras coisas, desfilarem pela cidade, vestido de galinha, com uma placa com a frase “não há Galinheiro em Painesville” – referência a bordel famoso no Estado de Nevada-EUA. Em outro caso, o mesmo magistrado condenou uma senhora (Michelle M. Murray – caso n. CRB0502125) a passar uma noite na floresta, sozinha, sem alimento ou qualquer entretenimento, como punição por ela ter abandonado 35 filhotes de gatos. Obviamente, sanções como estas, ainda que com função coercitiva, não caberiam no ordenamento nacional.

apenas medidas com a mesma natureza são admissíveis na ordem nacional. A experiência forense tem mostrado que essa multa é, de longe, o meio mais utilizado na praxe brasileira, em detrimento de outras figuras que, por vezes, são mais eficazes e menos onerosas.<sup>2</sup>

Assim é que as medidas aceitas pelo art. 461 poderiam ser divididas em dois grandes grupos.<sup>3</sup> No primeiro deles, a que denominamos de *medidas de indução* ou *de pressão*, encontram-se as técnicas destinadas a vencer a vontade do requerido, a fim de que *ele pessoalmente* desempenhe a ação imposta pela decisão judicial. Dentro deste grupo, encontram-se as técnicas de coerção – de que é exemplo a multa coercitiva ou ainda a prisão civil – e também as técnicas de pressão positiva, que consistem na promessa de uma vantagem ao réu para a obtenção de sua colaboração.<sup>4</sup>

Além desse corpo de técnicas, o preceito mencionado autoriza também as chamadas medidas de sub-rogação para a realização da prestação *in natura*, ou ainda para a obtenção do resultado prático equivalente.

As medidas sub-rogatórias são mecanismos de cumprimento da ordem judicial que dispensam a colaboração do ordenado, já que a prestação imposta pode ser atribuída a terceiro, de forma a realizar exatamente o resultado idêntico àquele que seria operado pelo sujeito passivo.

Essas técnicas podem assumir várias feições, que vão desde a atribuição da conduta ao Estado, passando pela sub-rogação da prestação em interesse do requerido, e indo até a expropriação dos direitos de administração do réu (sobre sua empresa, por exemplo) conferindo esses poderes a alguém de confiança do magistrado.<sup>5</sup>

O direito anglo-americano é rico na experiência com essas medidas. Naquele sistema, em relação às *injunctions*, também pode o juiz da *Common law* impor formas de substituição da atividade do ordenado pela conduta de terceiros – ou, pelo menos, sob a fiscalização de terceiros

<sup>2</sup> A propósito, v. a crítica lançada em ARENHART, Sérgio Cruz. “A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas”. *Revista forense*. Rio de Janeiro: Forense, março-abril 2008, n. 396, *passim*.

<sup>3</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 382.

<sup>4</sup> Pode-se ter exemplo dessa medida na previsão do art. 1.102c, do CPC, que liberta o réu do pagamento de custas e honorários advocatícios se ele decide cumprir o mandado monitorio.

<sup>5</sup> Sobre isso, v. ARENHART, Sérgio Cruz. “A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros”. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Coord. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2004, *passim*.

– no intuito de obter a tutela específica da obrigação. Michelle Taruffo,<sup>6</sup> estudando a questão, elenca criações inglesas e norte-americanas de atuação das *injunctions*, e traz importantes exemplos, que podem muito bem ser utilizados diante da norma do art. 461, § 5º do CPC. Lembra ele a tendência de — em envolvendo a decisão atuada atividades complexas e diversificadas, ou continuadas e destinadas a durar no tempo — as Cortes (especialmente nos Estados Unidos) entregarem a tarefa não ao réu da demanda, mas a “*encarregados que operam na qualidade de officers of the Court, e que têm a função de desenvolver diretamente, ou de controlar o desenvolvimento, a cargo de terceiros, das atividades necessárias para se levar a cabo a execução prevista na sentença*”<sup>7</sup>.

Também, no direito argentino, há previsão semelhante. No art. 1.684, do Código Civil, concebe-se a autorização de que, em ação de destituição de administrador de sociedade, havendo perigo de demora, o juiz pode, de imediato, nomear um administrador provisório, sócio ou não sócio, para administrar a pessoa jurídica.<sup>8</sup> Como ensina a doutrina, essa prerrogativa, apesar da limitada dicção legal, não está restrita ao trato de questões societárias (comerciais), valendo para qualquer situação em que seja ela necessária, envolvendo pessoas jurídicas ou sociedades de fato.<sup>9</sup>

Precisamente essa figura particular, a intervenção judicial, é que constitui objeto deste estudo. Como se viu, trata-se de uma técnica de sub-rogação, destinada a atribuir a terceiro a prática da conduta imposta judicialmente ou, ao menos, a fiscalização da correta execução da ordem judicial.

### 3. A INTERVENÇÃO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

Poderá alguém imaginar que essa espécie de medida não é admitida pelo direito nacional, em razão da agressividade que representa sobre a esfera do sujeito passivo. A objeção, porém, não tem procedência. Inicialmente, é

<sup>6</sup> TARUFFO, Michele. “A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos”, Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. *Revista de processo*, n. 59. São Paulo: RT, jul-set., 1990, pp. 72 e ss.

<sup>7</sup> Ob. cit., p. 75. Assim, tb., v. HAZARD JR., Geoffrey C., TARUFFO, Michele. *American civil procedure – an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993, p. 197.

<sup>8</sup> “Art. 1.684. Habiendo peligro en la demora, el juez podrá decretar la remoción luego de comenzado el pleito, nombrando un administrador provisorio socio o no socio.”

<sup>9</sup> ALSINA, Hugo. *Tratado teorico practico de derecho procesal civil y comercial*. 2ª ed., atualizada por Jesus Cuadro. Buenos Aires: Ediar, 1962, tomo V, p. 533.

necessário ponderar que, por vezes, a medida sub-rogatória, precisamente por dispensar a colaboração do sujeito passivo – e, assim, ladear a complexa questão da pressão psicológica para estimular a sua vontade –, pode ser o caminho mais efetivo e mais rápido para a tutela do interesse em questão. Sob outro ângulo, a medida pode também ser aquela que gera menor prejuízo para o requerido, pelo fato de que, no contraste com o meio de pressão psicológica, pode representar a técnica menos agressiva à esfera jurídica deste.

Em relação a estes mecanismos, poderia ainda preocupar o fato de que, por dispensar a colaboração do obrigado, sequer seria dada a ele a oportunidade de cumprir, espontaneamente, o julgado. Assim, todavia, não ocorre, bastando pensar nos provimentos executivos (ditos *lato sensu*) existentes no direito brasileiro. Na ação de despejo, bem como na reintegração de posse, não se duvida do caráter preponderantemente executivo da sentença; ainda assim, antes de se realizar coativamente a ordem, é oportunizado ao ordenado cumprir a determinação judicial, evitando o uso do meio de atuação direta. Com efeito, o próprio princípio do menor sacrifício ao ordenado – que, como visto, tem aplicação também no campo da atuação dos provimentos mandamentais e executivos – impõe que se dê oportunidade ao ordenado de agir, espontaneamente, conforme a determinação judicial. Somente quando se verifique a violação do comando, tem incidência o meio de pressão (ou de sub-rogação) acoplado. De fato, a tutela é prestada pela ordem; o mecanismo de apoio utilizado (de coerção ou de sub-rogação) presta-se apenas para dar efetividade a ela, permitindo a atuação subsidiária do comando ou por terceiro ou com o auxílio da pressão psicológica desenvolvida sobre a vontade do ordenado.<sup>10</sup>

O direito brasileiro, pois, não encontra óbices à utilização das medidas de sub-rogação como auxiliares da efetivação da ordem inibitória. O art. 461, §5º, do Código de Processo Civil (bem como o art. 84, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor) autorizam a utilização destes elementos, seja pela via dos mecanismos expressamente indicados no texto legal, seja pela cláusula aberta presente no início do texto legal (“...determinar as medidas necessárias, *tais como...*”).

Sendo, pois, admissível o emprego das técnicas de sub-rogação para o apoio ao cumprimento da ordem de tutela específica, é evidente que se há de admitir, também, porque a medida está aí inserida, a figura da

<sup>10</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis...*, ob. cit., p. 397.

expropriação do poder de administração de pessoas jurídicas, aqui chamada de *intervenção judicial*.

O direito nacional expressamente emprega essa técnica, por exemplo, no regime da Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94). Conforme pondera Marcelo Lima Guerra, a respeito desta figura, “o juiz pode *efetivamente substituir-se ao devedor*, para realizar, no seu lugar (ou mesmo fiscalizar mais de perto o cumprimento pelo devedor, nas prestações de trato sucessivo), as mais variadas prestações, quer as que digam respeito à atividade da empresa para com terceiros, quer, sobretudo, aquelas que são realizadas no seu próprio âmbito interno, ou seja, relacionadas ao seu funcionamento e à sua organização”.<sup>11</sup>

A medida concebida pelo art. 69 e ss., da Lei nº 8.884/94 (a intervenção judicial), embora prevista em legislação especificamente desenhada para o combate contra o abuso do poder econômico, pode ser utilizada para outras situações que não aquelas expressamente arroladas nos arts. 20 e 21 da lei mencionada. Mesmo para situações que não guardem nenhuma relação com a dominação econômica, pode a intervenção judicial ser empregada para efetivar a ordem judicial, estando certamente assimilada à cláusula aberta do art. 461, § 5º, do CPC.

Também o Código de Processo Civil trata de figura muito semelhante à intervenção judicial, ao tratar do administrador judicial ou do depositário. Embora o art. 148, do código, reserve essas figuras para “a guarda e conservação de bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou arrecadados”, vale observar que, no regime da execução, eles possuem amplos poderes de gestão, sobretudo quando se trata de penhora estabelecida sobre empresa. O art. 678, por exemplo, determina que para a penhora de renda ou bens de empresa concessionária de serviço público deva o depositário apresentar “a forma de administração e o esquema de pagamento”. O art. 701, a seu turno, ao tratar da alienação de imóvel de incapaz, determina a nomeação de depositário – quando o bem não atingir ao menos 80% do valor da avaliação – a quem será confiada a guarda e a administração do bem. Ao tratar do usufruto de bens móveis ou imóveis, o código é ainda mais expresso: trata claramente do administrador judicial, que recebe todos os poderes do usufrutuário (art. 719). Finalmente, incidindo a penhora sobre parcela de faturamento de empresa, estabelece o código a necessidade

---

<sup>11</sup> GUERRA, Marcelo Lima. “Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer” in *Processo de execução e assuntos afins*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 318.

de nomeação de depositário, “com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exeqüente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida” (art. 655-A, § 3º).

Vê-se, então, que a figura da intervenção judicial em empresas, com menor ou maior grau, é francamente conhecida e praticada pelo direito nacional. Não é possível, assim, assustar-se com o emprego da medida como técnica de sub-rogação atípica, capaz de ser aplicada para qualquer situação em que se exija a tutela específica de certa prestação.

A figura, portanto, é admitida e compatível com o quadro constitucional brasileiro. Por isso, merece ser alocada como medida atípica, veiculável por via do art. 461, § 5º, do CPC.

#### 4. ESPÉCIES DE INTERVENÇÃO JUDICIAL

A expressão “intervenção judicial” pode gerar certa resistência, por dar a impressão de que, por esse mecanismo, deverá o magistrado sempre desalojar o titular da empresa, colocando em seu lugar alguém de confiança para administrá-la. É verdade que esse extremo pode ocorrer. Todavia, o comum será bem menos gravoso e isso constitui uma das grandes vantagens da técnica em estudo.

Com efeito, a plasticidade da medida em análise, que permite adaptações a cada caso concreto, com a ampliação ou a redução da extensão dos poderes conferidos ao interventor, faz com que a medida assumam importante papel no efetivo atendimento à ordem judicial e, ainda, como técnica de “coerção indireta”, para estimular o próprio ordenado a cumprir com a decisão judicial.

Esse papel coercitivo pode ser visto quando se tem a imagem do ordenado que deve escolher entre resistir a ordem judicial – e ver um interventor ser colocado em seu lugar, com poderes de administração maiores ou menores, mas com acesso a informações sigilosas, à vida da empresa e com a possibilidade de não conseguir conduzir os negócios com a mesma perícia do proprietário – ou cumprir, ele mesmo, a decisão do juiz. Normalmente, só essa visão já será suficiente para estimular o ordenado a optar pela segunda alternativa, evitando assim a ingerência de um desconhecido em seus assuntos e mantendo consigo a gestão de seu trabalho.

Por outro lado, como medida de sub-rogação, a técnica pode assumir diferentes formatos, adaptando-se à necessidade do caso concreto.

Assim é que a doutrina tem, apenas para fins didáticos, classificado as formas de intervenção judicial em três grupos.<sup>12</sup>

No primeiro deles, estaria a intervenção chamada de *fiscalizatória*. Nela, o administrador original não é desvestido de suas atribuições. A função do interventor é, apenas, a de fiscalizar o correto cumprimento da decisão judicial. Para tanto, obviamente, o interventor terá livre acesso à empresa, aos dados necessários para conferir a satisfação da determinação judicial e poderá tomar depoimentos, fotos ou outros elementos, para certificar-se das condutas adotadas pelo ordenado no sentido de implementar a decisão judicial.

Imagine-se, por exemplo, nesse campo, uma ordem judicial que tivesse por objeto a imposição de reintegração de um empregado, que havia sido assediado moralmente, o que impôs o seu pedido de demissão. Como seria viável apurar se, restituído ao trabalho, as condutas anteriormente ocorridas não voltariam a acontecer? Certamente, a melhor maneira para tanto será nomear um interventor-fiscal, que permaneça por um período de tempo na empresa, até que qualquer perigo de novas agressões haja cessado.

Em um segundo grupo, pode-se conceber uma intervenção menos branda, em que o interventor assuma parcela das atribuições originalmente conferidas ao proprietário da empresa. Tem-se aí a chamada *intervenção co-gestora*. Nela, o administrador original permanece na empresa, atuando à sua frente. Todavia, parte de suas atribuições são, por um período de tempo, entregues ao interventor, que deverá desempenhá-las no intuito de fazer cumprir a decisão judicial.

Figure-se a hipótese, nessa quadra, de uma empresa que impõe condições abusivas para a contratação de pessoal. Reconhecida essa abusividade, não será evidentemente necessário retirar o titular da empresa como um todo, sendo suficiente a intervenção na área de recursos humanos da pessoa jurídica.

Do mesmo modo, suponha-se a necessidade de instalar filtro contra a poluição na empresa. Havendo resistência do ordenado, pode o magistrado, por certo, nomear interventor com essa exclusiva atribuição. Concluída a obra, dissolvida estará a intervenção. Por óbvio, o interventor deverá ser investido das funções e da autoridade necessária para cumprir com sua missão. Por isso, exemplificativamente, terá de ter acesso às finanças da empresa (para comprar o material para o filtro), às suas instalações (para

<sup>12</sup> Sobre a questão, v. PEREIRA, Luiz Fernando C. *Medidas urgentes no direito societário*. São Paulo: RT, 2002, p. 205 e ss.

de fato poder fazer instalar o filtro) e ao controle de emissão de poluentes. Todos esses poderes deverão ser explicitamente atribuídos pelo magistrado ao interventor, sendo de se conceber que eles sejam outorgados todos de uma só vez ou que venham a ser oferecidos de modo paulatino, à medida do necessário.

Finalmente, tem-se a intervenção mais drástica: a chamada *intervenção expropriatória* ou *substitutiva*. Nela, realmente, o interventor irá substituir o administrador original da empresa. Este sairá do comando da pessoa jurídica, deixando ao interventor o papel de, por um período de tempo, gerir os negócios (todos) da sociedade.

Há notícias de ações coletivas movidas com esse intuito. Uma, de grande repercussão nacional, foi ajuizada pelo Ministério Público Federal no Rio de Janeiro, pedindo a intervenção judicial no Conselho Federal de Enfermagem, no ano de 2006. A intenção era de afastar a administração do conselho, diante de notícias de desvios de recursos públicos e fraudes em licitações.

Tem-se, também, na mesma linha, ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho da 4ª Região em face do Grupo Ortopé, solicitando a intervenção judicial nesse grupo, com o afastamento de seus administradores e a nomeação de pessoa da confiança do juízo para esse mister, até a liquidação do passivo trabalhista da empresa.<sup>13</sup> O pedido de liminar foi acolhido, decretando-se a intervenção solicitada pelo prazo inicial de seis meses, que poderia ser prorrogado, se necessário.

De modo semelhante ocorreu com a Vasp, companhia aérea que sofreu intervenção judicial, também por iniciativa da Justiça Laboral, em ação proposta pelo Ministério Público do Trabalho no intuito de regularizar o desrespeito por aquela empresa praticado em relação a direitos trabalhistas.<sup>14</sup>

As categorias indicadas, à toda evidência, prestam-se apenas para um norte didático. Servem, tão-só, para demonstrar a vastidão de feições que a medida pode assumir.

É claro, por outro lado, que o emprego de uma “forma” de intervenção não impede que ela venha a ser substituída por outra, mais branda ou mais restritiva, conforme a necessidade do caso concreto. Assim, por exemplo, decretada a intervenção fiscalizatória para verificar o cumprimento de uma

<sup>13</sup> Autos n. 00232-2007-352-04-00-4. 2ª Vara do Trabalho de Gramado. Ministério Público do Trabalho *versus* Adolfo Homrich e outros.

<sup>14</sup> Autos n. 507/2005-014-02-00.8. Juízo da 14ª Vara do Trabalho de São Paulo.

ordem inibitória, pode suceder que o interventor relate ao magistrado a manutenção do desrespeito à ordem judicial. Pode-se, então, converter essa forma de intervenção em outra, mais severa, despojando o administrador original, total ou parcialmente, de seus poderes, no intuito de fazer cumprir a decisão do Estado. No sentido contrário, pode ocorrer que, imposta intervenção substitutiva, a sequência de atos demonstre a intenção de colaboração por parte do réu; poderá então o juiz converter a medida em intervenção fiscalizatória, de modo a, apenas, acompanhar a evolução das condutas adotadas pelo requerido.

## 5. QUESTÕES PROCEDIMENTAIS DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

Embora pareça indubitável o cabimento da intervenção judicial no direito brasileiro, há diversas questões procedimentais que merecem ser analisadas e solucionadas.

Inicialmente, impõe-se saber como se dá a decretação da intervenção, quais os seus requisitos e a sua forma legal.

Na falta de previsão específica, é de se aplicar à intervenção judicial “atípica” as previsões constantes nos arts. 69 e ss., da Lei n. 8.884/94, bem como a disciplina do administrador e do depositário, posto no Código de Processo Civil.

De início, vale uma advertência. Poderia alguém imaginar que somente o juiz federal deteria competência para a decretação da intervenção judicial, em razão da exclusiva menção a esta autoridade no corpo da regulamentação da figura na Lei 8.884/94 (v. art. 77, da lei). Assim, todavia, não é. A menção ao juiz federal no texto legal decorre do fato de que o referido diploma trata de ações de exclusiva competência federal. Não haveria, portanto, sentido algum em aludir, *naquela lei*, à atividade de juízes estaduais. Isto, porém, significa apenas dizer que, em se tratando de intervenção judicial decretada para coibir atos de abuso do poder econômico (fundada, pois, na Lei nº 8.884/94), a atribuição da análise do cabimento ou não da medida pertence ao juiz federal. Entretanto, para outras atividades, pode o juiz estadual ser competente (pela lei material), valendo as regras em exame (art. 69 e ss., da Lei nº 8.884/94) como simples *parâmetro de operacionalização da intervenção*.

Dessa forma, qualquer juiz que possa fazer atuar a tutela específica de prestações de fazer, não fazer ou entregar coisa está habilitado a, em sendo

necessário, decretar a intervenção judicial em sociedade.

Por outro lado, embora a medida seja mais afeiçãoada ao trato com sociedades mercantis, é certo que também sociedades civis autorizam essa intervenção. Ademais, ela também deve ser admitida para situações em que, embora não haja o envolvimento de pessoa jurídica, tem-se alguém que administra patrimônio de valor, sendo esse patrimônio o objeto da ordem judicial de tutela específica. Em síntese, a intervenção judicial pode ser decretada para atender a qualquer situação em que a atividade do requerido possa ser substituída pela de um administrador.

Por outro vértice, a intervenção é técnica de sub-rogação, que só se justifica se ainda for necessário (ou possível) o cumprimento da ordem judicial. Por conta disso, é evidente que, adimplida a prestação – pelo próprio réu, por terceiro, ou pela atividade do interventor – ou se tornando ela impossível, deixa de ter sentido a medida de apoio em estudo.

Seguindo o comando imposto pelo art. 69, parágrafo único, da Lei n. 8.884/94, toda decisão que impõe a intervenção judicial deve ser especificamente fundamentada. A exigência, por certo, tem assento constitucional (art. 93, inc. IX, da CR), mas é de fato recomendável o reforço da exigência porque é imprescindível que o magistrado demonstre – ao eleger essa técnica para assegurar o cumprimento de sua decisão – que a técnica é a mais idônea e a menos gravosa para o caso concreto. Tal como ocorre com qualquer outro meio de indução ou de sub-rogação, é dever do magistrado escolher, sempre, aquele que se mostre o mais adequado ao caso específico. Por isso, deve ele demonstrar as razões que o levaram a optar por essa técnica (a intervenção judicial) acima de qualquer outra disponível.

Em sendo necessária a intervenção judicial – diante do não cumprimento voluntário da ordem judicial, ou apenas para a verificação desse cumprimento, no caso da intervenção fiscalizatória – cabe ao juiz escolher o interventor, dentre pessoas que gozem de sua confiança e que possuam capacidade técnica para fazer cumprir a sua determinação e para desempenhar a administração (ou fiscalização) que lhe toca. Podem as partes, valendo-se por analogia do disposto no art. 70, da Lei Antitruste, impugnar a eleição do juiz, seguindo o rito ali previsto.

Em princípio, então, a intervenção é precedida pela oitiva das partes. Têm elas o direito de saber quem é o interventor e de verificar sua idoneidade para a prática dos atos necessários. Elas também terão o direito de saber

o momento em que a intervenção ocorrerá, bem como de participar dela, acompanhando as diligências adotadas pelo administrador designado. Todavia, *especificamente no caso da intervenção fiscalizatória*, pode-se admitir a nomeação sigilosa, feita pelo magistrado. Essa situação é, por certo, excepcional, mas pode ocorrer, sobretudo quando a ciência prévia da intervenção fiscalizatória possa frustrar a efetividade da medida. Assim, por exemplo, havendo indícios de maus-tratos em hospital, a ordem judicial para que esses atos cessem poderá ser acompanhada pela nomeação sigilosa de um interventor fiscalizador, a quem se atribua a exclusiva missão de verificar se aqueles atos efetivamente deixaram de ocorrer. Obviamente, a prévia ciência pelas partes de quem é o interventor ou de quando sua verificação ocorrerá será suficiente para que o réu possa “maquiar” a situação existente, dando a aparência de obediência ao comando judicial.

As atividades desempenhadas pelo interventor deverão ser acompanhadas de perto pelo magistrado. É este o espírito do art. 75, da Lei 8.884/94, que deverá ser respeitado em qualquer espécie de intervenção. Assim, compete ao interventor limitar-se à prática dos atos autorizados pelo magistrado, devendo, ainda, reportar-se a este sobre todo percalço notado. Cabe-lhe, ainda, apresentar relatórios periódicos das atividades exercidas, de modo a permitir ao juiz acompanhar de forma completa aquilo que é realizado pelo interventor.

Nos termos da Lei Antitruste, esses relatórios devem ser apresentados mensalmente. Porém, é evidente que pode o juiz alterar essa periodicidade, para atender às circunstâncias do caso concreto. Em especial no caso da intervenção fiscalizatória, pode-se mostrar insuficiente (ou excessivo) o relatório mensal, de modo a exigir ajuste nesse particular.

Enfim, vale notar que a Lei Antitruste, em seu art. 73, limita o prazo de intervenção a 180 dias. É certo que esse prazo é suficiente para a maioria dos casos em que essa intervenção é necessária, especialmente quando a questão trate de dominação econômica. Todavia, poderão surgir situações em que esse prazo seja imprestável para levar a cabo as providências determinadas judicialmente. Figure-se, por exemplo, a reforma de um hospital, a execução de uma obra de porte ou o saneamento de contas de entidade filantrópica. Nesses casos, muitas vezes, as providências poderão demandar anos, sendo certo que a intervenção ainda assim permanece como o meio mais idôneo e menos gravoso. Por outro lado, é certo que o limite imposto só tem sentido para as intervenções que geram efetiva

restrição ao administrador original (intervenção co-gestora e intervenção substitutiva). Não se pode aplicar essa limitação à intervenção fiscalizatória, que nenhum ônus gera ao requerido e deve durar pelo tempo necessário para a verificação do completo adimplemento da ordem judicial.

Em conta disso, o prazo mencionado deve servir como parâmetro para o juiz dimensionar o tempo razoável da intervenção ou não. Porém, esse prazo não pode ser considerado de forma absoluta – mormente fora do âmbito da proteção contra o abuso do poder econômico – merecendo ser temperado pelas circunstâncias do caso concreto. O importante, de toda sorte, é que a intervenção não se torne *definitiva*, descaracterizando-a como meio hábil apenas para a realização da ordem judicial.<sup>15</sup>

## 6. LIMITAÇÕES À INTERVENÇÃO JUDICIAL

Como ocorre com qualquer medida de apoio, a intervenção judicial também apresenta limitações. Haverá casos em que a medida será absolutamente ineficaz, bem como casos em que será impossível seu uso.

Dentro da primeira classe, estarão os casos em que a administração da sociedade será incapaz de fazer cumprir com a determinação judicial. Quando a violação (potencial ou efetiva) decorre mais da conduta própria do réu do que da empresa por ele administrada – *v.g.*, quando é ele o responsável pelo ato de concorrência desleal que beneficia a sua empresa, quando é a sua conduta pessoal que, por meio da sociedade que preside, ameaça o direito do autor – é evidente que de nada servirá a nomeação de interventor para a empresa, ainda que ela seja a ré da ação.

Do mesmo modo, haverá casos em que a administração temporária da sociedade será ineficaz, porque permanecerá íntegro – mesmo após longo prazo – o interesse na violação do direito.

A inidoneidade da técnica poderá revelar-se, ainda, pela inexistência de interventor habilitado a administrar a entidade do requerido. Imagine-se atividade tão restrita ou tão complexa que exija o conhecimento do administrador originário (e só dele) para o prosseguimento da atividade. Nesse caso, a medida também será inútil para obter o cumprimento direto da ordem judicial, pelo simples fato de que somente o administrador primitivo terá condições de satisfazer adequadamente aquele comando.

<sup>15</sup> Assim tb. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 279/280.

A hipótese mais complexa, porém, ocorrerá nos casos em que a intervenção se mostre inviável por existir expressa vedação ao seu emprego. Tal ocorre, por exemplo, com o afastamento de agentes políticos (a exemplo do Presidente da República, dos Governadores dos Estados ou dos Prefeitos Municipais) da administração da pessoa jurídica de direito público. Como cediço, a Constituição da República estabelece regime específico para essa intervenção, que não pode, portanto, ser obtida pela via comum, do art. 461, do CPC. Deveras, a Constituição da República, em seus arts. 34 a 36, contempla procedimento e requisitos próprios para que a União possa intervir nos Estados e para que estes possam intervir nos Municípios. Mais que isso, tem-se (especialmente no art. 36) cautela extrema para a autorização dessa medida, já que ela pode afetar o sistema federativo nacional.<sup>16</sup>

Descabe, pois, a aplicação da medida nesse campo.

Há também decisão do Superior Tribunal de Justiça – uma das raras a tratar desse assunto – que entendeu por incabível o emprego da intervenção judicial em qualquer instância de órgão público.<sup>17</sup> O caso tratava de ordem judicial, de caráter antecipatório, que determinava ao réu (o Banco do Nordeste do Brasil S.A.) o pagamento imediato da quantia de R\$ 3.864.168,43 ao autor. Não tendo sido cumprida a ordem, o Judiciário cearense determinou ao Presidente do Banco Central do Brasil a designação de um auditor para que procedesse, em substituição ao dirigente máximo da instituição financeira, ao pagamento do valor imposto. Posteriormente, determinou o Tribunal de Justiça daquele Estado o afastamento do presidente daquele banco, impondo ao gerente da agência de Fortaleza o pagamento do valor devido (que já somava a importância de R\$ 6.662.818,93), nomeando, ademais, o Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da mesma capital como interventor judicial, conferindo-lhe poderes amplos para o cumprimento da ordem.

No entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a decisão em questão é ilegal, por dois motivos. Inicialmente, porque a intervenção promovida

---

<sup>16</sup> No mesmo sentido, v. TALAMINI, Eduardo. Ob. cit., p. 283.

<sup>17</sup> STJ, 2ª Seção. AgRg na Pet 734/CE. Rel. Min. Barros Monteiro. DJU 25.11.1996 p. 46134. Consta da ementa do acórdão: “TUTELA ANTECIPADA. EXECUÇÃO. INTERVENÇÃO JUDICIAL DECRETADA EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ILEGALIDADE. Dentre os diversos meios colocados à disposição do interessado para obter o cumprimento da tutela antecipatória, não se acha a intervenção judicial em entidade bancária, mediante o afastamento de seu presidente. Agravo improvido”.

não encontra guarida no ordenamento nacional, já que, no entendimento daquela Corte, não se tratava de prestação de fazer ou não fazer, e sim de tutela de prestação pecuniária. Por outro lado, entendeu aquele mesmo Tribunal superior que a decisão proferida, ao determinar o afastamento do chefe da instituição e atribuir a função de pagamento ao gerente de agência, dotando um magistrado da condição de interventor, “adentra a esfera de atribuições de autoridade administrativa, a quem compete nomear e demitir o Presidente do Banco do Nordeste do Brasil S.A., no caso, o Exmo. Sr. Presidente da República”.<sup>18</sup> Na sequência, a decisão cita precedente da Corte, relatado pelo Min. Américo Luz, no qual se entendeu que “a designação de um administrador judicial para, substituindo-se ao órgão público, em funcionamento regular, e invadindo suas específicas atribuições - praticar ato de saque do numerário”.<sup>19</sup>

O primeiro argumento é, sem dúvida, o de maior peso. Ainda que vezes de peso venham sustentando o cabimento da aplicação das técnicas do art. 461 para a tutela específica das prestações de pagamento de soma,<sup>20</sup> não há dúvida de que a corrente majoritária ainda permanece refratária a esta idéia. Todavia, quanto ao segundo argumento utilizado, não é possível com ele concordar. Subtrair de outrem – seja da liberdade do empreendedor privado, seja da discricionariedade do administrador público – a eleição daquele que dirige uma entidade (ou um órgão de entidade) é natural à intervenção judicial. Pretender ver atribuição exclusiva daquele indicado em lei aí é desconsiderar o fato de que a intervenção judicial não tem a finalidade de substituir a autonomia dada àquele que pode, definitiva e legitimamente, escolher o dirigente. O objetivo desta técnica é, simplesmente, fazer cumprir uma ordem judicial, valendo-se do meio mais expedito, idôneo e menos gravoso possível.

Quando o magistrado, pois, designa um interventor, não pretende ele

---

<sup>18</sup> Excerto do voto do relator.

<sup>19</sup> STJ. Conflito de Atribuições n. 46-0/SP

<sup>20</sup> *V.g.*, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 604 e ss.; *Idem*. “A efetividade da multa na execução da sentença que condena a pagar dinheiro”. Texto publicado no *site* [www.professormarinoni.com.br](http://www.professormarinoni.com.br), acesso em 10 de fev. 2005, p. 4; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 185 e ss.; ARENHART, Sérgio Cruz. “A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia”. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio G. de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 2007, esp. p. 227 e ss.

usurpar a competência dada a outro administrador público – em indicar o dirigente de certo órgão – especialmente quando se pensa nas modalidades de intervenção fiscalizatória e co-gestora. Dado o caráter temporário da medida, a sua destinação jamais pode-se confundir com a atividade desempenhada de maneira estável pelo verdadeiro administrador que é, por um período de tempo, substituído. Daí não se poder falar, no caso, em usurpação de função ou de prerrogativa.

Ao que parece, portanto, esse óbice, apontado na decisão mencionada, não se sustenta, de modo que nada haveria que impedisse o emprego da intervenção judicial também no seio do Estado, desde que não se trate de uma das hipóteses antes indicadas, em que a intervenção depende de procedimento específico e tratamento ímpar.

O que importa, de toda sorte, é notar que o instrumento objeto deste estudo possui frutífera aplicação. Embora a jurisprudência nacional permaneça tímida em relação ao emprego da intervenção judicial,<sup>21</sup> a técnica merece ser encarada com mais seriedade pela praxe brasileira e merece ser difundida. Constitui ela importante mecanismo, que deve tomar o lugar da multa coercitiva (ou de outros meios de coerção) em várias ocasiões nas quais estas técnicas têm-se revelado insatisfatórias. Mais do que isso, para o cumprimento de ordens judiciais que imponham prestações complexas – o que se tem tornado comum, sobretudo no campo da tutela coletiva – talvez a intervenção revele ser o mecanismo mais adequado para a efetividade da atuação jurisdicional.

---

<sup>21</sup> Deve-se ressaltar, aqui, a Justiça do Trabalho, em que há diversos exemplos do uso, com sucesso da intervenção judicial em empresa, para fazer efetivos direitos laborais.

## RENÚNCIA FISCAL, IMPROBIDADE E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

*Tercio Sampaio Ferraz Junior*

Professor titular da Faculdade de Direito da USP

**RESUMO:** renúncia fiscal, ao produzir o efeito de diminuir a arrecadação pública, levanta a hipótese de lesão ao patrimônio público; discute-se, nesse sentido, o cabimento de ação civil pública, em termos da competência do Ministério Público, ou de ação de improbidade administrativa.

Tornou-se um *topos* do senso comum jurídico a afirmação de que a Constituição Federal teria ampliado largamente a competência material do Ministério Público e, em consequência, para a propositura da ação civil pública. Não obstante, essa competência conhece delineamentos funcionalmente necessários.

Tome-se, como objeto de reflexão, o ato administrativo inquinado de ilegalidade por ser uma causa produtora do efeito de diminuir a arrecadação de tributos, donde uma renúncia fiscal e, em contrapartida, um enriquecimento ilícito para os beneficiários, no que se figuraria uma lesão ao patrimônio público. Em seguida, por vislumbrar-se, no mesmo ato administrativo, um ato de improbidade administrativa e na proibidade, por conta do princípio da moralidade, um “interesse geral e difuso” e até “um bem mais valioso que o patrimônio público num sentido restrito”.

Circunscrevendo-me a estes dois delineamentos, a análise da questão abre caminho para uma necessária consideração preliminar sobre a mencionada amplitude e alargamento trazidos pela Constituição Federal.

O texto constitucional, art. 129 – III, atribui ao Ministério Público a função institucional de promover a ação civil pública para a proteção “do

patrimônio público”. Insere-se este num conjunto ao qual pertencem ainda o patrimônio social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

A questão que aflora imediatamente é saber se o conjunto contém uma série homogênea de elementos. A doutrina não tem vacilado em ver, em parte do conjunto, elementos que guardam uma unidade por conta da expressão final “e de outros interesses difusos e coletivos”.

Difusos são interesses como conceituou o chamado Código de Defesa do Consumidor (art. 81), “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. A *transindividualidade* aponta para a indeterminação individual do interessado. Mas vai além, pois implica o que ultrapassa o interesse individual. Daí a *indivisibilidade*, pois é interesse inapropriável pelo indivíduo, nada lhe cabendo enquanto tal. O que liga os indivíduos entre si, no interesse difuso, não é o interesse, mas circunstâncias de fato, ou seja, a contingência de estarem reunidos por eventos que não lhes confere, individualmente, nenhum interesse, mas que põe a todos, indeterminadamente, numa mesma situação. O meio ambiente é, tipicamente, o exemplo padrão de interesse difuso.

Coletivos são os interesses de grupos de pessoas determinadas, embora, no interior do grupo, indivisíveis. Isto é, são interesses que pressupõem uma titularidade determinada, do conjunto enquanto um sistema que não se reduz à soma de seus componentes. Interesses coletivos não resultam, assim, da somatória de interesses individuais dos membros do grupo, mas correspondem a algo que transcende a mera soma. Pressupõem solidariedade orgânica e não mera justaposição mecânica. O que liga os indivíduos, no interesse coletivo, não são os interesses de cada um dos membros, mas a mesma relação jurídica no interior do todo. Daí a conclusão de que, mesmo se tratando de interesses comuns, mas individualizáveis, não cabe ação civil pública. Consórcios, por exemplo, constituem grupos aos quais cabem interesses coletivos quando ocorra uma imposição ilegal de prestações, capaz de afetar o *sentido solidário* do grupo, ainda que, para alguns, individualmente, as diferenças de valor na prestação ilegal sejam indiferentes ou de nenhum interesse.

Ora, no conjunto a ser protegido pela ação civil pública, o patrimônio público, de que fala a Constituição, sustentam alguns, não é nem interesse difuso nem coletivo (como o reconhece, por exemplo, Hugo Nigro Mazzilli:

A defesa dos Interesses Difusos em Juízo, São Paulo, 2000, p. 106). Há quem o veja, no entanto como tal, dizendo do sistema de proteção do patrimônio público, “que é uma espécie de direito difuso” (Nelson e Rosa Nery Junior, ao comentar o art. 1º da Lei nº 7347/85). Na verdade, tomado como objeto, *patrimônio* não é um *interesse*. A palavra *interesse*, sabidamente, provém de *inter esse*, do *estar entre*, e aponta não para uma substância, mas para uma relação. Neste sentido, já no século passado, Jhering definia direito subjetivo como *interesse* (juridicamente protegido), que não se confundia nem com a *res*, objeto do interesse (no caso de direitos reais) nem com a faculdade a ele correspondente. É verdade que *direitos adquiridos* podem vir a incorporar-se ao patrimônio do titular, o que faz deles *parte* de um patrimônio, mas não faz do patrimônio um direito.

No art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, a propósito da ação popular, o constituinte deixa clara a referência, quando fala de “ato lesivo ao patrimônio público ou **de entidade de que o Estado participe**” (grifei). O texto ademais claramente distingue “patrimônio público” de “moralidade”. A referência, quanto a patrimônio público é a conjunto de bens, acervo, que *pertence* ao Estado ou a entidade de que o Estado participe. Parece razoável, nesse sentido, - até porque dizer que o mesmo termo está usado, na Constituição, em dois sentidos levaria a uma incontrolável indeterminação - que se veja na expressão constante da competência do Ministério Público (promoção da ação civil pública para a defesa do patrimônio público) o conjunto de bens pertencentes ao Estado ou a entidades das quais participe o Estado, com o fito de servir-lhes ao atendimento imediato e mediato do interesse público, sob regência de normas de direito público. Aí se incluem os bens de destinação comum ou de uso comum do povo (Código Civil, art. 66 - I), os bens de uso especial (Código Civil, art. 66 - II), os bens públicos dominicais (Código Civil, art. 66 - III). Nestes termos, o patrimônio público é a *res* de que cuida tanto a ação popular quanto a ação civil pública.

Obviamente, o uso metafórico da expressão *patrimônio* pode levar a transposições de toda ordem, mas, tecnicamente, há de se preservar sempre o sentido de *pertenças*, de bens que compõem um conjunto, que integram um conjunto qualificado como *público*. A própria Constituição fala em “patrimônio público e social”, dando margem a equivocados alargamentos. Note-se, porém, que a conjunção e não torna o patrimônio de que se fala um

só, posto que não se confundem o público e o social, por se tratar de duas díades distintas. O público se opõe ao privado enquanto o social se opõe ao individual, podendo haver, entre ambas, algumas interseções. Assim, a proteção do patrimônio público afasta o que constitui patrimônio privado que pode, no entanto, ser objeto de proteção enquanto patrimônio social (caso de bens culturais, como obras que até nem estão no domínio público e que constituem um patrimônio social, mas não público, estritamente: por exemplo, a obra de um pintor famoso, já falecido, de propriedade da família, que estivesse sendo alienada a adquirente estrangeiro, fazendo com que saísse do país).

A fonte de confusão, ao que me parece, está em confundir patrimônio público (e social) com interesse público. É preciso, nestes termos, distinguir entre *patrimônio público* e *interesse público*. Sobre este ponto é preciso o esclarecimento de José Marcelo Meneses Vigliar (Ação Civil Pública, São Paulo, 1997, p. 36): “Fica patente que nem sempre o interesse cujo Estado (enquanto pessoa jurídica de direito público) é o titular coincide com o interesse público identificado com o conceito de bem geral (interesse da coletividade como um todo). Ainda, muito dos interesses que afetam a coletividade como um todo são públicos (por exemplo, a preservação da memória histórica), embora não necessariamente, integrantes do acervo patrimonial do Estado, bastando que lembremos os inúmeros imóveis históricos, que sequer receberam do Estado esse reconhecimento, via tombamento”.

Ora, na competência conferida pelo art. 129 – III da Constituição Federal ao Ministério Público, o objeto tutelado não é o interesse público (no sentido de interesse de todos à boa gestão de valores socialmente relevantes) mas, sim, o interesse meta-individual relativo à *res* **patrimônio público**. Nestes termos, vale, porém, o alerta de Hely Lopes Meirelles de que as atribuições funcionais ao Ministério Público para propor a ação civil pública “não justificam o ajuizamento de lide temerária ou sem base legal, nem autorizam a concessão de liminar suspensiva de obras e serviços públicos ou particulares, regularmente aprovados pelos órgãos técnicos e administrativos competentes (...) não bastando o juízo subjetivo do Ministério Público para a procedência da ação” (Mandado de Segurança, Malheiros, 18ª edição, p. 149).

Assim, é fundamental que se dê o devido sentido a “patrimônio público

e social”, nele se compreendendo sempre um conjunto de *bens* de valor econômico, estético, histórico, turístico (cf. Hugo Nigro Mazzilli, op. cit. p. 140). Mas o simples fato de estar em questão o patrimônio público não justifica a legitimidade de parte para propor ação civil pública em termos de competência para a tutela de um interesse público tomado por interesse difuso.

Estas considerações são importantes para uma correta avaliação do eventual sentido da arrecadação e da probidade como patrimônio, objeto da competência na defesa de interesses meta-individuais.

Começo com a arrecadação. De início, faz mister distinguir entre *arrecadação* e *receita arrecadada*. (cf. Octávio Gouvêa de Bulhões: A política tributária, RDP, 1969, n. 7, p. 36). Receita arrecadada tem a ver com o sentido de bem público, com a entrada de bens pecuniários para o Tesouro, a compor o que se chama de erário. Já a arrecadação tem a ver com políticas públicas, em especial, políticas tributárias. Assim, por exemplo, observa Bulhões, na “administração do Presidente Kennedy deu-se início à variação de incidência dos impostos como instrumento de política monetária” (p. 42). O problema da arrecadação está, assim, na variação, admitida nos quadros constitucionais, para a implantação de progressividade, estímulos, isenções, reclassificação de fatos geradores, extensões ou reduções subjetivas da responsabilidade fiscal etc. Destas políticas pode resultar uma arrecadação cujos fins econômicos estejam ora no aumento da receita arrecadada, ora na sua diminuição em favor de melhor controle da sonegação, ora no estímulo à atividade privada em termos de favorecimento a metas econômicas etc.

Ora, nestes termos, a arrecadação não é, propriamente, um elemento (bem) do patrimônio público, mas uma atividade administrativa *guiada* por objetivos que servem ao interesse público. Ela é, assim, constituída de *políticas públicas*, sendo que tais políticas são, de princípio, opções de governo, sob controle legislativo e eleitoral. O implemento de tais políticas por meio de atos administrativos, praticados conforme os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, não compõe o patrimônio público enquanto objeto de competência para ajuizar uma ação civil pública, ainda que se possa ver, aí, uma questão de interesse público. Isto é, é possível perguntar se as políticas de arrecadação, implementadas por atos da administração, estão servindo ao interesse

público e se, por consequência, a arrecadação maior ou menor, mais intensa sobre este ou aquele grupo social, vale a pena ser apoiada, mas não mover ação civil pública para proteger, nesses termos, interesse público, o que faria do Ministério Público não um fiscal da lei, mas da atividade legislativa enquanto atividade política.

Nesse contexto, deve ser delimitado o alcance do conceito de *renúncia fiscal*. Referir a renúncia fiscal à arrecadação enquanto conjunto de políticas tributárias, para caracterizar dano ao patrimônio público, não faz sentido. Salvo, obviamente, quando o termo for usado economicamente e não juridicamente. Isto é, uma política de, por exemplo, estímulos fiscais que envolvam isenções, remissões, anistia e que diminua a arrecadação, pode ser uma opção de fortalecimento de investimento em determinado setor e renúncia fiscal do ponto de vista econômico. Neste sentido, por exemplo, fala Gabriel Francisco Leonardos (O Imposto de Renda na Fonte sobre os pagamentos ao exterior por serviços técnicos – Análise de um caso de renúncia fiscal do Brasil, Revista Dialética de Direito Tributário, 40, já. 1999, p. 32 ss.) ao entender estar a Receita Federal a promover renúncia fiscal em sua *interpretação* da ausência, no tratado Brasil/França, de artigo equivalente ao art. 21 da CM-OCDE, do “ponto de vista da política tecnológica e industrial” do país. Mas não cabe falar, aqui, de renúncia fiscal do ponto de vista jurídico como dano. Dano ao patrimônio por renúncia fiscal no sentido jurídico é renúncia a crédito tributário, conforme um padrão legal **instituído**, não, porém, a renúncia decorrente de opção legislativa que institui o padrão.

Portanto, ainda que se entenda, como faz Camargo Mancuso (A ação civil pública, RT, 6ª edição, p. 40), que “apenas ficam poupados do contraste judicial os atos *puramente discricionários* ou os *exclusivamente políticos*”, dando azo ao questionamento judicial de “políticas públicas”, há de se convir que este questionamento não pode atingir a opção **política** legislativa sob pena de ferir-se o princípio da tripartição. Correto, nestes termos, Hugo Nigro Mazzilli quando reconhece caber a ação civil pública quando o ato discricionário da administração contiver irregularidades sob aspecto de competência e legalidade, mas nunca “para administrar em lugar do governante” (p.42; no mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles, op. cit. p. 149, nota 4).

Veja-se, por exemplo, o caso de ato do Executivo que tem competência normativa estabelecida diretamente pela Constituição (art. 153, par. 1º), que lhe outorga a atribuição de decidir, conforme seu juízo de oportunidade e conveniência, sobre as alíquotas do IPI, atendidas as condições e limites legais. Trata-se de ato de exercício de competência legislativa *lato sensu*, diretamente outorgada pela Constituição ao Executivo. Contra ele cabe ação direta de inconstitucionalidade, não, porém, ação civil pública.

Quanto à probidade, é preciso evitar uma confusão na análise da estrutura normativa. Não se discute que a condenação de atos de improbidade administrativa e do correspondente dano ao patrimônio público proteja o valor *probidade*. Esta, porém, enquanto exigência de boa gestão da coisa pública, configura um interesse público, mas não um interesse difuso ou coletivo (cf. Hugo Nigro Mazzilli, op. cit. p. 106). Como esclarece Ada P. Grinover, “os interesses difusos não são interesses públicos no sentido tradicional da palavra, mas antes interesses privados, de dimensão coletiva” (Ações Coletivas para a Tutela do Ambiente e dos Consumidores: Seleções Jurídicas, COAD, set./1986, p. 21 ss. P. 101).

Tenha-se em conta a Lei Complementar n. 75/93, art. 6º, que atribui competência ao Ministério Público da União para: “XIV – promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto: ... f) à probidade administrativa”.

Ora, este dispositivo fala em “outras ações”, o que, a toda evidência, não autoriza o entendimento da “probidade administrativa” como “interesse social e individual indisponível”. Para a defesa da probidade, existem lei própria e ação própria (Lei n. 8429/92). O uso da ação civil pública para a defesa da probidade confunde a proteção do patrimônio público contra atos de improbidade com a proteção daquele enquanto interesse difuso. Assim, na defesa do patrimônio público, o Ministério Público está legitimado a propor a ação civil pública, mas se a causa de pedir é o ato de improbidade, a ação competente é a ação de improbidade. Até porque é na Lei n. 8429/92 que vem configurado o dano ao patrimônio por ato de improbidade administrativa. Se a probidade não é interesse difuso ou coletivo (mas interesse público), nem a Constituição Federal (art. 129 – III), nem a Lei Complementar n. 75/93 ( art. 6º – VII - b), nem a Lei n. 8625/93 (art. 25, IVC, b), nem mesmo a Lei 8429 (art. 17) - Lei da Improbidade

Administrativa - autorizam o uso da ação civil pública para a defesa da probidade administrativa.

Isto tem uma consequência importante. Se os danos causados ao patrimônio público por improbidade administrativa têm lei própria e processo próprio, a alegação de imoralidade por improbidade administrativa pressupõe sua demonstração em processo próprio, não podendo ser invocada abstratamente a improbidade/moralidade para dar legitimidade ao uso da ação civil pública. Ou, como bem esclarece Marcelo Figueiredo (Probidade Administrativa, Malheiros, 3ª edição, p. 92): “Diante do ato de improbidade, os legitimados devem propor a presente ação [de improbidade] e não outras, ainda que em defesa do patrimônio público”. Assim, prossegue ele, se nada impede a propositura da ação civil pública ou da ação popular para a defesa do patrimônio público, em caso de improbidade administrativa, aquelas serão propostas “a título subsidiário (art. 17, par. 2º, da Lei [8429/92])”, sendo um “contra-senso poder-se ‘optar’ por escolher essa ou aquela via em detrimento da própria punição que se pretende garantir [contra o ato de improbidade]”.

Na verdade, a invocação **em abstrato** da probidade e da moralidade - sem dúvida interesses públicos, mas não interesses difusos e coletivos - apenas ressalta que o objeto da ação civil pública, no caso, é uma suposta ilegalidade do ato administrativo, confundindo, destarte, imoralidade com ilegalidade. Ressalvada a posição do positivismo analítico, que não vê na moralidade um objeto passível de análise jurídica, esta então reduzida à norma legal, o grande esforço da tradição ocidental, até o presente e, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial, está em estabelecer uma diferença entre legalidade e moralidade.

Assim, para falar genericamente, enquanto a legalidade exige conformidade à lei, a moralidade exige conformidade a princípios e objetivos éticos. Mas enquanto a ilegalidade admite a demonstração abstrata, isto é, desvinculada das consequências para a realidade dos fatos (responsabilidade condicional ou pelos meios, independentemente de se os fins são ou não atingidos), a imoralidade exige sempre a demonstração concreta, isto é, vinculada às consequências para o mundo dos fatos (responsabilidade finalística ou pelos fins, cujo atendimento é vinculado à correta eleição dos meios). Por isso, a responsabilidade legal pode ser objetiva ou subjetiva, mas a responsabilidade moral será sempre subjetiva,

envolvendo intenção, respeito à dignidade própria e alheia etc. Portanto, se um ato (administrativo) é discricionário, sua não conformidade legal será apreciada pela desobediência aos limites da competência discricionária dada pela lei. Mas sua não conformidade moral exige prova de desconformidade entre meios e fins, ou porque os meios (corretos) são usados para fins diferentes (interesses privados, pessoais) ou fins (corretos) são utilizados para justificar o uso de meios perversos, ou meios (incorretos) são utilizados para a obtenção de fins (incorretos).

Entende-se, nestes termos, que a Lei da Improbidade Administrativa veja como atos de improbidade aqueles que, embora conforme a lei, importem em vantagem (indevida) pessoal, para si ou para outrem, ou aqueles que, por dolo ou culpa, ensejem perda patrimonial ao erário, ou aqueles ainda que atentem contra princípios da administração pública, destruindo-lhe a transparência (público em oposição a secreto) e o interesse público (público em oposição a privado).

Ou seja, quando, por hipótese argumentativa, é afirmado que se viola uma norma instrumental reguladora da competência objetiva da autoridade administrativa (presunção *juris et de jure*: isenção só por lei), comete-se uma incompetência no sentido estrito, isto é, pergunta-se se o agente perseguiu uma finalidade pública encerrada no círculo de competência objetiva ou das atribuições de outra autoridade (o Legislador). Se essa outra autoridade é o Legislador, a incompetência constitui uma ilegalidade/inconstitucionalidade. Mas, nesse caso, **só por isso**, a autoridade administrativa não está a desviar, subjetiva ou intencionalmente, os seus poderes para a satisfação de uma necessidade não tutelada; o desvio é aqui puramente objetivo, os poderes exercidos, o comportamento ou medida adotada, vão servir para a satisfação de uma necessidade que, estando tutelada, não faria parte das atribuições do agente considerado. Ora, o regime jurídico que mais convém a essa ilegalidade é o da incompetência objetiva e não o de improbidade, **que é vício de ordem subjetiva**.

# EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL E EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL

*Vallisney de Souza Oliveira*

Juiz Federal em Brasília

Doutor em Direito (PUC/SP)

Professor da Faculdade de Direito da UnB e da UFAM

Ex-promotor de Justiça e Ex-procurador da República

**RESUMO:** Passado pouco tempo da entrada em vigor das importantes modificações no Livro II do Código de Processo Civil de 1973, efetivadas pela Lei n. 11.382, de 2006, pretende-se averiguar a realidade da execução sob o ângulo da celeridade e da eficiência na cobrança de títulos executivos extrajudiciais. Para esse desiderato, é examinado o novo sistema processual e as dificuldades e facilidades para o alcance da efetividade. É dada uma atenção especial aos poderes do juiz executivo, às regras de combate à fraude, à penhora de ativos financeiros, à impenhorabilidade de bens e aos meios de expropriação, entre outros pontos das inovações na execução civil para pagamento de quantia certa.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Lei nº. 11.382/2006. 2. Indicação de bens à penhora: dever do executado. 3. Averbação da execução e fraude. 4. Impenhorabilidade de bens. 5. Penhora de ativos financeiros. 6. Meios expropriatórios. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

Mediante atos forçados visando ao cumprimento da obrigação constante do título, o processo de execução tem seu ápice com a satisfação total da obrigação.

Mas, na prática forense, sabe-se que quem possui um documento reconhecido pelo Estado, com força executiva, muitas vezes não consegue

ter êxito na busca de seu crédito, considerando-se as inúmeras modalidades de escapatória que possui o executado nos meandros complexos do túnel legislativo-judiciário.

Desde 21 de janeiro de 2007, estão em vigor novas regras da execução civil contra devedor solvente, que propiciam mais garantias a quem possui um título executivo extrajudicial e minimizam a demora do ineficaz sistema de satisfação do crédito até então vigente.

A Lei n. 11.382/2006 (que alterou o Livro II do CPC) procurou dar força e presteza à atividade de cumprimento da obrigação contida no título executivo, razão pela qual pode ser considerada uma das mais importantes normas processuais das últimas décadas. Não extremamente avançada como se sonharia, porém, sem dúvida, com aptidão para contribuir expressivamente para a realização de um processo civil com resultados bastante positivos.

Ressalta-se a importância desse novo regime executivo com repercussão nos deveres e nos direitos dos cidadãos e também nas relações pessoais, empresariais e de consumo.

Assim, passados poucos anos de entrada em vigor, é curial que, sob a óptica da efetividade processual, se faça uma análise de alguns pontos importantes dessa ampla reforma.

## 1. LEI Nº. 11.382/2006

Apesar de não ter havido uma mudança profunda e estrutural – apta a resolver todos os grandes problemas relacionados com a ineficácia e com a demora na cobrança judicial dos títulos extrajudiciais –, as inovações trazidas pela Lei n. 11.382/2006 foram altamente positivas, inclusive porque levaram em conta evidências da jurisprudência, da doutrina e do direito comparado.

A ausência de efetividade é, realmente, prejudicial ao devido processo: obriga o titular do direito contido no título executivo, este considerado de altíssima probabilidade jurídica pelo Estado, a se submeter ao confuso e demorado processo de expropriação, amiúde suspenso, inclusive por recursos, sem olvidar a inoperância de muitas regras processuais civis.

Em conformidade com o princípio da economia, a nova execução extrajudicial passou a contar com um conjunto de regras mais operativas.

A norma dá mais força ao título executivo, conquanto não a ponto de desprezar o princípio de que toda execução deve ser a menos gravosa possível, até porque, na execução, o juiz pode agir com sensatez e aplicar critérios de proporcionalidade visando à justiça.

É de se notar, contudo, que, em alguns aspectos, poderia ter havido um maior reforço da efetividade do crédito, como, por exemplo, em relação às regras da impenhorabilidade. Apesar disso, ocorreu um aperfeiçoamento legislativo por trazer mais simplicidade e facilidade ao cumprimento das obrigações civis constantes dos títulos executivos.

As normas alteradas pela aludida Lei foram basicamente as do Livro II do CPC, referente ao Processo de Execução. Por aplicação analógica, além de refletirem no tópico referente ao cumprimento da sentença (Livro I do CPC), tais modificações alcançaram o executivo fiscal, a execução trabalhista, a execução dos Juizados Especiais Cíveis, entre outras searas, considerando que muitas disposições da Lei n. 11.382/2006 constituem normas gerais da relação executiva e não simplesmente alterações rituais específicas.

O juiz passou a ter mais poderes no procedimento para a satisfação do título, cabendo-lhe determinar a penhora de ativos financeiros, esta a mais potente arma contra a inoperância de atos executivos. Cabe-lhe ainda impor ao devedor a sanção por obstrução à dignidade da justiça, verificar o modo mais adequado de cumprimento da execução e dar ou não efeitos suspensivos aos embargos do executado<sup>1</sup>.

Além da concessão de mais atribuições e mais poderes ao órgão judicial, a Lei 11.382/2006 contém novidades, algumas até insuficientes para alcançar grandes resultados. De qualquer maneira, resguardando atributos tradicionais e idêntica estrutura formal do Livro II do CPC, a execução civil de título extrajudicial contém regras inovadoras, como se pode verificar a seguir.

---

<sup>1</sup> Conquanto não se faça referência nos tópicos seguintes, vale o registro de que houve também mudança na forma de defesa do executado. Com a reforma, os embargos à execução se desvincularam da penhora e passaram a ter efeitos não-suspensivos; quando feita a penhora, podem ter efeitos suspensivos *ex iuris*, a fim de evitar grave dano de difícil ou incerta reparação aliada à relevância dos fundamentos (art. 739-A e seu § 1º, CPC); para embargar não há mais necessidade de penhora ou outra garantia da dívida; os embargos devem ser interpostos em quinze dias após a citação executiva e não mais após a intimação da penhora (art. 736 do CPC).

## 2. INDICAÇÃO DE BENS À PENHORA: DEVER DO EXECUTADO

No art. 600 do CPC, diversas atitudes do executado são arroladas como atos atentatórios à dignidade da justiça e, portanto, passíveis de sanções.

O anterior inciso IV do art. 600 do referido Estatuto considerava ato atentatório à dignidade da justiça a conduta do devedor que não indicava ao juiz onde se encontravam os bens sujeitos à execução. Esse dispositivo foi modificado porque a prática demonstrou que, apesar da redação legal, a regra por si só não era suficiente para dar aplicabilidade à pena quando houvesse esse tipo de conduta, ou seja, quando o executado deixasse de fazer a prévia indicação de seus bens a serem penhorados e a apresentação do rol de seu patrimônio<sup>2</sup>.

Mais enfático e mais exequível, por força da Lei n. 11.382/2006, o inciso IV do art. 600 dispõe: *Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do executado que: IV – intimado, não indica ao juiz, em cinco dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.*

Segundo esse preceito, se, por um lado, a não-apresentação de bens configura ato atentatório à dignidade do Judiciário e violação aos seus mandamentos, por outro, é necessário que o executado seja intimado especificamente para esse fim.

O legislador pretendeu tornar indubitosa a caracterização do que seja desrespeito à justiça. É necessária a oferta de oportunidade para a especificação (indicação) do bem pelo executado para se poder estimar ter havido o ato de desrespeito, que, na redação anterior do CPC (art. 600, IV), ocorria quando o executado deixava de indicar ao juiz onde se encontravam os bens sujeitos à execução.

Para a incidência da sanção, de qualquer maneira é imprescindível o contraditório: intimação do devedor para dizer se possui e onde se encontram seus bens, em cinco dias. Isso poderá ocorrer em qualquer momento do processo, uma vez que o executado não pode mais nomear bens à penhora, como se fazia anteriormente.

<sup>2</sup> “A absoluta maioria dos países” [...], consoante Daniel Amorim Assumpção Neves, “tem em seus diplomas processuais alguma previsão obrigando o executado a indicar seus bens no processo de execução”, tanto países da tradição jurídica *commom law* como da *civil law* (NEVES, Daniel Amorim Assumpção *et al.* Dever de informar sobre bens do executado. In *Reforma do CPC 2: nova sistemática processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 136).

Portanto, de acordo com o art. 600, IV, do CPC, o juiz pode intimar, a qualquer tempo, o executado para dizer onde estão seus bens e o não cumprimento da ordem, em cinco dias, lhe submete à aplicação da pena de multa de até 20% (vinte por cento) do débito atualizado em favor do exequente.

Sem desprezar o dever na indicação de bens<sup>3</sup>, mediante ordem judicial, e o fim da nomeação, por esse novo dispositivo é concedido maior poder ao magistrado para forçar a pontualidade no pagamento da dívida e o cumprimento mais ágil da obrigação.

### 3. AVERBAÇÃO DA EXECUÇÃO E FRAUDE

Outro dispositivo acrescido ao CPC de 1973, por força da Lei n. 11.382/2006, prevê a possibilidade de averbação da execução junto aos órgãos competentes (cartórios, Departamentos de Trânsito etc.) visando ao conhecimento a terceiros e à prevenção de fraudes.

Segundo o art. 615-A do CPC, com a nova redação dada pela Lei n. 11.382/2006, no ato da distribuição judicial o credor pode obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução visando à averbação junto ao cartório de imóveis e aos órgãos de registro de veículos e de outros bens.

Proposta a ação de execução e de posse da certidão, o exequente, às suas expensas, pode ir ao cartório ou ao órgão de registro de bens fazer a averbação da execução com o escopo de tornar gravado, processualmente, eventual bem inscrito em uma daquelas instituições.

Segundo os parágrafos desse mesmo artigo, o autor da execução deve comunicar ao juiz as averbações feitas, no prazo de dez dias contados da averbação, sem prejuízo das instruções a serem especificadas pelos tribunais. Formalizada a penhora, o juiz determinará o cancelamento das averbações somente em relação aos bens que deixaram de ser penhorados, mantendo-se a averbação do bem efetivamente penhorado.

Importante regra se encontra no § 3º do art. 615-A, segundo o qual,

---

<sup>3</sup> “A indicação de bens à penhora, assim, deixou de ser um mero ônus do executado, passando a ser tratado pela norma jurídica como um de seus deveres processuais, cujo descumprimento pode, até mesmo, ser considerado atentatório à dignidade da Justiça” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, 3: *Leis n. 11.382/2006, 11.417/2006, 11.418/2006, 11.419/2006, 11.441/2007, 11.448/2007*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 66).

“*presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593)*”.

Esta modalidade de fraude (art. 593 do CPC) ocorre quando o devedor aliena o bem objeto da execução averbada, não tendo outros para fazer face ao pagamento da dívida, conforme dispõe o § 3º do art. 615-A.

Merecem ser transcritas, aqui, as observações de Luiz R. Wambier, Teresa A. A. Wambier e José M. G. Medina: “*Interessante observar que, embora se possa realmente falar de uma nova hipótese de fraude à execução, esta é bastante peculiar, pois só pode ser aferida a posteriori, a partir de uma ótica retroativa. Penhorado o bem hoje, já se pode considerar ter havido fraude à execução se a alienação teve lugar depois da averbação, na certidão do imóvel, da certidão de que havia execução em curso contra o proprietário (art. 615-A, § 3º). Não penhorado o bem, a simples averbação de que trata o art. 615-A, § 3º, por si só, não gera fraude, até porque deve ser cancelada*”<sup>4</sup>.

Se o executado aliena bens, não tendo outros para garantir a execução, a apresentação da certidão judicial – com dados do valor da causa e nomes das partes, nos Departamentos de Trânsito, nos Cartórios etc. – e a necessária averbação possibilitará que a eventual alienação de algum bem efetivamente penhorado, cuja averbação no órgão competente subsista, seja considerada fraude executiva<sup>5</sup>.

Ocorrendo a averbação da execução nos órgãos de registro, o bem efetivamente penhorado não precisa ser levado ao ofício imobiliário ou a outro órgão para a averbação da penhora. Nessa hipótese, a averbação (da execução) pré-existe e a ordem do juiz é para cancelar a averbação de bens referentes àqueles que não foram penhorados, valendo a averbação executiva para aqueles que foram penhorados.

Em caso de averbação manifestamente indevida, o executado pode fazer, incidentalmente aos autos da execução, o pedido de indenização por perdas e danos contra o exequente (§ 4º do art. 615-A).

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. 75.

<sup>5</sup> É diferente a situação prevista no art. 615-A da prevista no art. 659, § 4º, ambos do CPC, pois a segunda não trata propriamente da averbação da ação de execução, mas da penhora. Eis o teor do § 4º do art. 659: *A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial.*

A averbação constitui medida eficaz, porque o credor se antecipa e ganha tempo, ao não dar oportunidade para que o devedor, sabendo da demanda executiva por ocasião da citação, aliene ou tente alienar fraudulentamente o bem.

Tal inovação contribui, em certa medida, para o combate à fraude e se encontra de acordo com a efetividade do processo em prol da segurança jurídica principalmente aos terceiros de boa-fé.

#### 4. IMPENHORABILIDADE DE BENS

A penhora tem como requisito a existência de patrimônio do executado, porquanto, como regra, a execução deve atingir somente bens, mesmo porque, salvo exceções, a penhora sobre a pessoa significa violar o princípio constitucional da dignidade humana.

Sem bens não há execução, por ser esta essencialmente patrimonial. É que, “*da mesma forma, no processo de execução, os atos ali praticados em função imediata da satisfação do direito do credor exequente tem como limites jurídicos as barreiras correspondentes aos lindes do patrimônio do devedor*”<sup>6</sup>.

Se o executado possui bens importa saber se tais bens são penhoráveis. Para evitar o risco de violação a direitos fundamentais, o legislador dispõe que alguns bens estão imunes à penhora impondo limites à constrição judicial.

O Código de Processo Civil de 1973, no que se refere às hipóteses de impenhorabilidade constantes dos artigos 649 e 650, não sofreu substancial modificação com o advento da Lei n. 11.382/2006. Teria havido mudança significativa se não tivesse ocorrido o veto a dois importantes dispositivos do Projeto de Lei aprovado na Câmara e no Senado (PL n. 4.497/2004/CD e PLC n. 51/2006/SF).

Após passar pelo Congresso Nacional, foi vetada pelo Presidente da República a regra que previa a penhora sobre os vencimentos, salários e ganhos do trabalho de um modo geral.

O projeto de lei admitia a penhora apenas daquilo que excedia a vinte salários mínimos, depois de feitos os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária e outros descontos obrigatórios. (§ 3º do art. 649 do CPC).

Outro dispositivo vetado dizia respeito à possibilidade de penhora

<sup>6</sup> ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*. São Paulo: PUC – Tese de doutoramento, 1981. p. 11.

do imóvel considerado bem de família, quando de valor superior a mil salários mínimos, “*caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao devedor, sob cláusula de impenhorabilidade*” (parágrafo único, art. 650, CPC)<sup>7</sup>.

Não havia razão plausível para a não aceitação das novidades acerca da penhorabilidade constantes do projeto original, porque não atingiam os pobres ou a dignidade humana, e, sim, o crédito do devedor, titular de bens e com condições econômicas de pagar a dívida sem precisar sacrificar o mínimo de sobrevivência<sup>8</sup>.

Diante disso, continua a existir a impenhorabilidade do imóvel, seja com valor inferior ou superior a mil salários mínimos. Qualquer bem imóvel, de dois milhões ou de dois mil reais, é impenhorável, se considerado bem de família, conforme as disposições dadas pela Lei n. 8.009/1990<sup>9</sup>.

É possível penhora de salário somente em caso de execução de prestação de pensão alimentícia (§ 2º, art. 649, CPC) e isto não é nenhuma novidade. Aliás, o sistema da penhora do salário, há muito tempo, dá certo na execução de alimentos, por ser muito mais operativo do que a alienação de bens em hasta pública, do que usufruto de bem imóvel e do que a alienação pelo próprio exequente<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Eis um trecho da Mensagem (do Veto) n. 1.047, de 06 de dezembro de 2006: “apesar de razoável, a proposta quebra a tradição surgida com a Lei n. 8.009, de 1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, no sentido da impenhorabilidade do bem de família independentemente do valor. Novamente, avaliou-se que o vulto da controvérsia em torno da matéria torna conveniente a reabertura do debate a respeito mediante o veto ao dispositivo”.

<sup>8</sup> Daniel Amorim Assumpção Neves observa: “O falso moralismo de não se permitir penhora de parcela do salário não se justifica, ainda mais num país como o Brasil, no qual o salário mínimo é a realidade para grande parcela da população – outra grande fatia não ganha nem isso” (*op. cit.*, p. 201-202).

<sup>9</sup> A impenhorabilidade do bem de família é absoluta, e “*pode ser alegada a qualquer tempo, até mesmo por petição nos autos da execução*” (REsp 1114719/SP. Rel. Min. Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julgado em 23/06/2009. DJe 29/06/2009).

<sup>10</sup> Aliás, no Direito Espanhol a penhora sobre salário é admitida. Lá há a previsão de penhora em percentuais crescentes de penhorabilidade a partir de um salário mínimo, este totalmente impenhorável, e não a ponto de tornar impenhorável a renda de até 40 salários-mínimos e 60% do que lhe exceder (art. 607 da Lei de *Enjuiciamiento* Civil Espanhol – Lei n. 1, de 7 de janeiro de 2000). Da mesma forma, como assinalam Bruno Dantas Nascimento e Marcos Antônio Köhler, além da própria Espanha, também Portugal, Bélgica e Alemanha admitem plenamente a penhora sobre salários, resguardando-se um faixa salarial mínima sobre o qual não incide a penhora (Aspectos jurídicos e econômicos da impenhorabilidade de salários no Brasil: contribuição para um debate necessário. *Execução Civil - Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Ernane Fidélis dos Santos *et alii*. (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 449-454).

Restaram, assim, pouquíssimos avanços no regime de bens penhoráveis e impenhoráveis.

São absolutamente impenhoráveis os móveis e outras utilidades domésticas da residência do executado, desde que não sejam de elevado valor ou que não ultrapassem as necessidades comuns de um médio padrão de vida; são impenhoráveis os vestuários, salvo se de elevado valor. Também são impenhoráveis absolutamente a pequena propriedade rural familiar e os recursos públicos “recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social” (art. 649, IX, CPC).

São penhoráveis os recursos aplicados em caderneta de poupança, somente no que exceder a quarenta salários mínimos (art. 649, X, CPC). Tal impenhorabilidade tem por fim fomentar o investimento em poupança, mas cria o problema de tornar impenhoráveis valores que, depositados, poderiam facilmente cobrir parte ou toda a dívida, o que faz com que tal dispositivo, algumas vezes, possa se tornar um óbice à efetividade.

Assim sendo, o juiz pode determinar a penhora de ativos, de ofício ou a requerimento do credor, conquanto não possa dar a ordem para a penhora de ativos de até 40 (quarenta) salários mínimos em depósitos de poupança.

A regra tem por escopo estimular os recursos da caderneta de poupança. O risco se assenta na cobrança dos créditos abaixo desse valor, mesmo porque nem todo mundo possui dinheiro em depósito bancário e o cidadão que assim age é porque de alguma maneira tem dinheiro sobrando. Esse excedente poderia muito bem servir como objeto de penhora, quando o executado por algum motivo não cumprisse a obrigação, mesmo depois da propositura da execução.

Não há também impenhorabilidade do bem adquirido e que serve como garantia do próprio negócio jurídico realizado, pois a “impenhorabilidade não é oponível ao crédito concedido para aquisição do próprio bem” (§ 1º, art. 649, CPC).

Em geral, o novo regime executivo de bens mantém a tradição de considerar desnecessariamente muitos bens impenhoráveis fora da realidade atual, numa tendência de proteção demasiada do devedor. Esse sistema não contribui para a efetividade, é certo, sem embargo de que a reforma de 2006 trouxe pelo menos alguns melhoramentos nesse sentido, como a previsão expressa da penhora de ativos financeiros.

## 5. PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS

No regime processual anterior, a penhora consistia basicamente na localização e na constrição de bens geralmente móveis e imóveis do executado, sendo muito difícil a prática de localização e penhora de dinheiro aplicado em instituição financeira, até pela preservação do sigilo bancário que normalmente os juízes se deparavam como limite.

No entanto, os tempos mudaram, mesmo porque a riqueza não circula somente em imobiliário ou mobiliário, mas, também e principalmente, por outros meios como em direitos e títulos financeiros.

A fim de se dar mais efetividade à execução civil, com a Lei n. 11.382/2006, houve uma disposição apropriada para o direcionamento da preferência para fins de penhora. O art. 655 do CPC reformado especifica que o dinheiro, primeiro item da ordem de preferência da penhora, pode ser tanto em espécie, como em depósito ou em aplicação financeira. O resultado dessa regra é a maior praticidade do sistema.

Outra alteração trazida pela Lei n. 11.382/2006 diz respeito à penhora de dinheiro em aplicação financeira ou depósito. Assim é que, “*a requerimento do exequente*”, o juiz “*requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário*” de preferência por via eletrônica, “*informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor na exceção*” (art. 655-A do CPC)<sup>11</sup>.

Para tanto, o juiz deve informar ao Banco Central, supervisor do sistema bancário nacional, qual é o valor da execução a fim de que as informações e a indisponibilidade se restrinjam a tais limites (§ 1º, art. 655-A).

A propósito, já era uma realidade, antes mesmo da reforma executiva civil, a implantação e o funcionamento do sistema de localização de ativos financeiros, principalmente com a autorização legal para fins de execução fiscal, com base no art. 185-A do CTN, com a redação dada pela Lei Complementar n. 118/2005. Segundo esse dispositivo, consumada a citação, se o contribuinte não apresenta bens à penhora no prazo legal e

---

<sup>11</sup> Segundo orientação pacificada no STJ, “*após a entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006, não mais se exige do credor a comprovação de esgotamento das vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados*”, uma vez que “*a penhora on line deve ser mantida sempre que necessária à efetividade da execução*” (AgRg no Ag 1050772/RJ. Rel. Min. Paulo Furtado – Des. Convocado TJ/BA. Terceira Turma. Julgado em 26/05/2009. DJe 05/06/2009).

caso não sejam encontrados bens penhoráveis<sup>12</sup>, o magistrado pode ordenar a disponibilidade dos seus direitos e bens. Após o ato, o juiz comunica sua decisão, geralmente por meio eletrônico, às entidades promotoras de registros e transferências de bens, tais como à autoridade supervisora do mercado bancário e do mercado de capitais para darem cumprimento à decisão.

Com o vigente art. 655-A do CPC, o juiz civil passou a ter poderes para determinar, a requerimento do exequente, a indisponibilidade de bens para fins de penhora. Pode até fazê-lo de ofício, com base no seu poder geral de cautela a fim de assegurar a utilidade da tutela executiva.

O ônus da prova da impenhorabilidade será do executado e não do exequente, quanto aos ativos penhorados, pois compete “*ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente*” dizem respeito a salários e vencimentos, revestidos de impenhorabilidade (§ 2º do art. 655-A do CPC).

Na atualidade, a penhora de ativos financeiros se viabiliza basicamente por meio do programa *BACEN JUD* – fruto do convênio firmado entre o Banco Central e tribunais –, pelo qual o juiz, cadastrado devidamente no Programa, não precisa antes intimar o executado ou ordenar que o exequente indique os bens a serem penhorados. Com auxílio dos meios eletrônicos, basta-lhe determinar ao supervisor do sistema bancário

---

<sup>12</sup> O STJ aceita a aplicação do 655-A na execução fiscal, de modo que considera desnecessário o esgotamento de meios executivos para a aplicação da penhora *on line*: “*Na época em que indeferida pelo julgador singular a medida constritiva de penhora on line das contas bancárias da agravante, já estava em vigor a Lei n. 11.382/2006 que, alterando o artigo 655, inciso I, do CPC, incluiu os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem de penhora, equiparando-os a dinheiro em espécie. Nesse panorama, perfeitamente aplicável o novel artigo 655 do CPC. Assim, objetivando cumprir a Lei de Execuções Fiscais e o Código de Processo Civil, é válida a utilização do sistema BACEN JUD para a localização do bem (dinheiro) em instituição financeira, mesmo que não esgotados todos os meios para a localização de outros bens penhoráveis. Precedentes*”. (AgRg no REsp 1092815/RS, Rel. Min. Francisco Falcão. Primeira Turma. Julgado em 14/04/2009. DJe 23/04/2009). “*A jurisprudência desta Corte tem examinado o pedido de penhora on line levando em consideração o momento em que formulado: se antes ou depois do advento da Lei n. 11.382/2006, que alterou o art. 655, I, do CPC, incluindo os depósitos e as aplicações em instituições financeiras como preferenciais na ordem de penhora, equiparando-os a dinheiro em espécie. Se o pleito é anterior à nova lei, seu deferimento fica condicionado ao esgotamento de todos os meios de localização dos bens do devedor; em atenção ao art. 185-A do CTN. No regime atual, a penhora on line pode ser deferida de plano, afastando-se a exigência. Precedentes desta Corte*” (REsp 910.497/SP. Rel. Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 16/12/2008. DJe 17/02/2009).

(Banco Central do Brasil) informações e a automática indisponibilidade dos valores depositados ou aplicados pertencentes ao executado<sup>13</sup>.

Trata-se de regra de inegável eficiência, conquanto não se possa dizer o mesmo quanto ao perigo de atingir a garantia do executado ao devido processo, como o direito da impenhorabilidade de bens, entre os quais o salário (salvo para pagamento de prestação alimentícia) e os recursos de valor não superior a quarenta salários mínimos depositados em caderneta de poupança.

Se bem que a regra inovadora não tenha por si só a potencialidade de violar a cláusula do devido processo legal, a medida judicial executada deve conter razoabilidade e ser praticada com bom senso e cumprida com responsabilidade.

Ciente disso, o juiz não pode prescindir da redobrada atenção para dizer exatamente qual o valor a ser penhorado e não permitir que fiquem indisponíveis valores desnecessários para garantir a dívida. Incontinenti à penhora, o executado precisa ser intimado da indisponibilidade e ser comunicado do ato de constrição. Outrossim, os autos contendo a medida não devem ficar em segredo de justiça e, sim, abertos para o executado poder saber quais os fundamentos decisórios utilizados pelo magistrado e qual o valor bloqueado.

Além disso, há de ser resguardado o direito de defesa do executado, de provar, por todos os meios admissíveis, que aquele numerário constitui seu salário ou está revestido de outra forma de impenhorabilidade.

Na própria ordem ao Banco Central, o juiz já deve determinar a indisponibilidade ordenando que tal ato não atinja créditos decorrentes de aposentadoria e pensões, salários, subsídios, honorários de profissional liberal, depósitos de caderneta de poupança até o limite de quarenta salários mínimos, entre outros.

Em matéria de efetividade do processo, a penhora de ativos financeiros, sem dúvida, é a melhor contribuição da Lei n. 11.382/2006 ao CPC de 1973. São muitos os seus benefícios: pode evitar novos procedimentos e gastos, além de idas e vindas de oficiais de justiça; pode eliminar adjudicação, usufruto de móvel ou imóvel, alienação pelo exequente, por particular ou

---

<sup>13</sup> Na justiça do Trabalho é amplamente difundida essa prática da penhora *on line* – igualmente possibilitada pelo convênio entre o Banco Central do Brasil (BACEN) e o Tribunal Superior do Trabalho (TST).

eletrônica, entre outros meios expropriatórios, além de ser efetiva e rápida e ainda ter o efeito psicológico contra o mau pagador, que será implacável e diretamente atingido em seus depósitos e em suas aplicações financeiras.

## 6. MEIOS EXPROPRIATÓRIOS

Consoante o revogado art. 647 do CPC de 1973 (incisos I, II e III), a expropriação consistia na alienação de bens do executado, na adjudicação em favor do exequente e no usufruto de imóvel ou de empresa.

Pelo mesmo dispositivo, com a redação dada pela Lei n. 11.382/2006, a expropriação consiste: *I – na adjudicação em favor do exequente ou das pessoas indicadas no art. 685-A, § 2º; II – na alienação por iniciativa particular; III – na alienação em hasta pública; IV – no usufruto de bem móvel ou imóvel.*

Acrescente-se a esse rol, a possibilidade de instauração pelos tribunais de alienação do bem por meio eletrônico.

Aumentaram as formas de satisfação do exequente e a alienação em hasta pública não é mais a forma preferencial, mas a menos estimulada forma de expropriação<sup>14</sup>.

Esse alargamento de modalidades expropriatórias se põe em proveito tanto do executado, quanto do exequente, em sintonia com o princípio de que a execução deve ser mais econômica e menos prejudicial possível.

Assim, o CPC estimula a adjudicação, sem prejuízo da aplicação, por exemplo, quando frustrada aquela modalidade, do usufruto em vez da alienação por particular e vice-versa, tudo de acordo com a necessidade de fazer uma execução rápida, econômica e mais adequada à satisfação da obrigação.

Aliás, os tribunais podem regulamentar e especificar melhor o assunto, cadastrar corretores e vendedores particulares interessados em colaborar com a justiça e montar um sistema de bancos de dados para dar praticidade à alienação por meio eletrônico.

Aqui, tem lugar o princípio da economia e da menor onerosidade executiva, atento o magistrado para a justiça do e pelo processo.

<sup>14</sup> A arrematação é um “procedimento complexo, demorado, de custo muitas vezes elevado”, que normalmente depende de terceiros arrematantes (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil, 3: Leis n. 11.382/2006, 11.417/2006, 11.418/2006, 11.419/2006, 11.441/2007, 11.448/2007.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 88).

## CONCLUSÃO

Inegavelmente, as novas regras sobre processo de execução extrajudicial dotaram o Judiciário de mais dinamismo, fortaleceram o título e criaram as condições para uma razoável duração do procedimento executivo. E, ao mesmo tempo, preservaram garantias necessárias à defesa do executado.

A Lei n. 11.382/2006 considera o trinômio: efetividade, celeridade e segurança jurídica. Suas regras são operativas e de fácil aplicação e contêm energia suficiente para não caírem na vala comum da ineficácia, como tantas regras executivas do CPC de 1973.

As inovações não podem ser apontadas nem como fruto de radicalização nem como de manutenção do *status quo*. Na verdade, constituem considerável contribuição para um processo célere, efetivo e seguro, entre os quais: adequados instrumentos e poderes para o combate à fraude executiva; consagração da penhora de ativos financeiros; melhores meios de satisfação da obrigação, como o incentivo à adjudicação, a alienação do bem ou por corretor ou por via eletrônica.

Não se cuida de mágicas fórmulas para a extinção das diversas deficiências do nosso ultrapassado processo de execução civil de título extrajudicial, mas de um notável aperfeiçoamento do sistema, uma vez que essa ampla reforma trouxe mecanismos de aceleração procedimental, com a substituição de meios inoperantes e antiquados por mecanismos atuais, racionais e adaptadas ao quadro social e econômico da realidade jurídica brasileira.

---

Este livro foi composto nas  
fonte Minion Pro, corpo 12, 14 e 18, com tiragem de  
350 exemplares. Capa impressa em Cartão Supremo 250 gr/m<sup>2</sup> e  
o miolo em Off-set (imune) 75 g/m<sup>2</sup>.  
Produzido no Parque Gráfico da  
Companhia Editora de Pernambuco - CEPE,  
em setembro de 2010.  
Fone: (81) 3217.2500 - Fax: (81) 3222.5126  
E-mail: cepecom@cepe.com.br

---



