

Revista de Direito

Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro



Ano III — Número 3 — 2002

Revista de Direito

da Procuradoria Geral do
Município do Rio de Janeiro



**PREFEITURA DA CIDADE
DO RIO DE JANEIRO**

Prefeito
CESAR MAIA

**PROCURADORIA GERAL
DO MUNICÍPIO**

Procurador-Geral
JULIO REBELLO HORTA

Subprocurador-Geral
ALBERTO GUIMARÃES JUNIOR

Procurador-Chefe de Gabinete
FERNANDO GUERRA LOPES

**CENTRO DE ESTUDOS
DA PROCURADORIA
GERAL DO MUNICÍPIO**

Procurador-Diretor
PAULO ROBERTO
SOARES MENDONÇA

Diretora da Diretoria
de Documentação
ANGELA MARIA
ALBUQUERQUE DE ARAUJO

COORDENAÇÃO EDITORIAL
CENTRO DE ESTUDOS DA PGM

Revista de Direito

da Procuradoria Geral do
Município do Rio de Janeiro

CENTRO DE ESTUDOS DA PGM

RDPGM	Rio de Janeiro	v.3	n.3	p.1 - 320	2002
-------	----------------	-----	-----	-----------	------

Expediente

Diretor Responsável:

Procurador do Município Paulo Roberto Soares Mendonça

Revisão de Texto

Sérgio Fernandes Aleixo

Normatização:

Angela Maria Albuquerque de Araujo

Márcia Baracho Figueira

PG/CES/DED

Planejamento gráfico, capa e composição do miolo

Miguel Gahiosk – PG/ACS

Correspondência

Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro

Centro de Estudos

Trav. do Ouvidor, 4/22º andar

20.040-040 – Centro – Rio de Janeiro – RJ

Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro.–v.1- , 1997- . – Rio de Janeiro: Centro de Estudos, 2002.

ANUAL

1. Direito – Periódico I. PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

CDU 340.05

CDD 34 (05)

Nota: Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores. É permitida a reprodução total ou parcial das matérias desta Revista, desde que citada a fonte

Sumário

- 9 **PETIÇÕES**
- 11 Contra-Razões ao Agravo de Instrumento interposto pela Cia. Docas do Rio de Janeiro
- 45 **ARTIGOS**
- 47 O Princípio da Boa-Fé e sua repercussão nos contratos – algumas reflexões (*Eduardo de Oliveira Gouvêa*)
- 65 Correta formação do instrumento do Agravo de Decisão Denegatória de recursos de 3ª geração – uma missão quase impossível (*Eduardo de Oliveira Gouvêa e Tatiana Senna Schettino*)
- 79 A relação jurídica de direito real e a relação jurídica de direito obrigacional. Obrigação *Propter Rem*. O condomínio de fato, irregular ou atípico, e a obrigação de rateio das despesas (*Antonio Carlos de Sá*)
- 117 Sobre a natureza jurídica e os fundamentos da Imunidade Recíproca (*Rogério Leite Lobo*)
- 141 A Constituição e o Direito Internacional (*Francisco José Marques Sampaio*)

171 O direito da sociedade à informação jornalística e os Direitos da Pessoa (*Paulo Roberto Soares Mendonça*)

197 Ponderação de Interesses na Execução Fiscal (*Ricardo Almeida Ribeiro da Silva*)

215 PARECERES

217 Parecer PG/PSE23/99 – Direito do consumidor. Desconsideração da personalidade jurídica. Teoria da descon sideração da personalidade jurídica em relação à nova firma. Sucessão tributária – *Carmem Lúcia Macedo*

111 Parecer PG/PTR/CMMCS nº 003/01 – Direito tributário. Contribuição social para o INSS. Modificação de alíquota. Aplicação no tempo. Fato gerador – *Claudia Monteiro de Castro Sternick*

247 MEMORIAL

249 Memorial do Município do Rio de Janeiro sobre efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade – Procuradoria Tributária

259 DECISÕES JUDICIAIS

261 Acórdão – Recurso Ordinário em MS nº 11.050 – Rio de Janeiro – Administrativo – Transporte Intermunicipal – Limitação ao tráfego no centro da Cidade do Rio de Janeiro

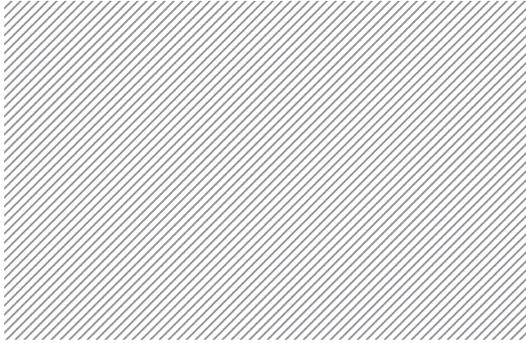
- 269 Acórdão – Apelação Cível nº 9.383/2000 – Incorporação do valor de cargo comissionado ao dos proventos da aposentadoria
- 273 Acórdão – Recurso Extraordinário nº 265.588-1 – Rio de Janeiro – Taxa – Limpeza Pública – Coleta de Lixo – Lei nº 10.253/89 do Município de São Carlos
- 283 Acórdão – Agravo de Instrumento nº 2001.002.07.722 – Decisão que deferiu liminar para determinar ao Município de se abster de aplicar sanção pela falta de vistoria que decorra da ausência de apólice de seguro de coletivos da concessionária
- 287 Sentença – Feito nº 2001.001.017263-5

293 RECURSOS

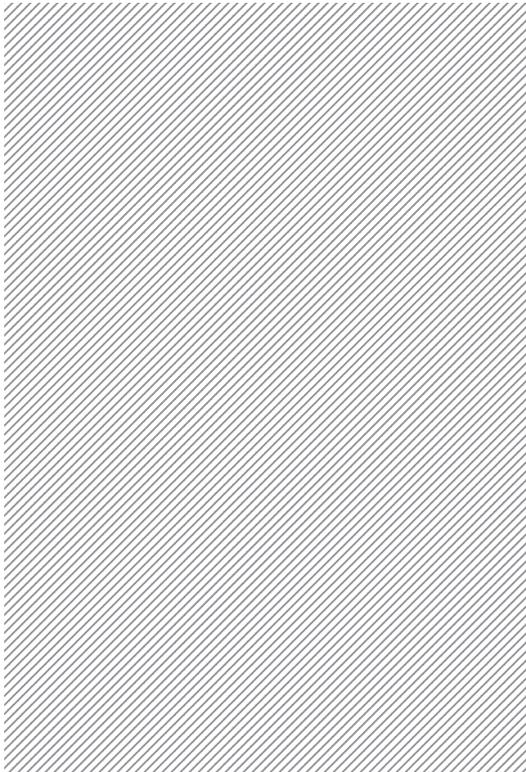
- 295 Recurso Extraordinário nº 233.120-9 – Rio de Janeiro – Recurso Extraordinário interposto contra acórdão que julgou ilegítima a cobrança da Taxa de Licença e Localização de Estabelecimento (Lei Mun. 691/84)

297 PROVAS DO VI CONCURSO PARA PROCURADOR DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

317 RELAÇÃO DOS PROCURADORES DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO



Petições



*Contra razões ao embargo
interposto pela Companhia
Docas do Rio de Janeiro*

ANTÔNIO CARLOS DE SÁ
PROCURADOR DO MUNICÍPIO

*EXMO. SR. DESEMBARGADOR ELY BARBOSA, RELATOR DO
AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 13.004/2000 — 16.ª CÂMARA CÍVEL
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO,*

O **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**, nos autos do AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto por **COMPANHIA DOCAS DO RIO DE JANEIRO**, vem a V. Ex.^a, atendendo ao r. despacho de fls. 29, oferecer, em anexo, suas CONTRA-RAZÕES, requerendo, desde já, seja negado provimento ao aludido recurso.

*N. termos,
P. deferimento.*

Rio de Janeiro, 24 de outubro de 2000.

ANTONIO CARLOS DE SÁ
*Procurador do Município
do Rio de Janeiro*

AGRAVANTE: COMPANHIA DOCAS DO RIO DE JANEIRO

AGRAVADO: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONTRA-RAZÕES

EGRÉGIA CÂMARA,

I. FATOS

1. Prefacialmente, cumpre observar que, tendo em vista a omissão por parte da agravante quanto à juntada de diversas peças processuais constantes dos autos principais, está o agravado acostando cópia integral destes, a fim de que possam os E. julgadores avaliar, com exatidão, as circunstâncias fáticas que envolvem a questão ora trazida a lume.

2. Trata-se de ação de execução fiscal, por meio da qual objetiva o agravado a cobrança de créditos tributários decorrentes do não pagamento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), previsto pelo art. 156, III, da Constituição da República de 1988, instituído neste Município por intermédio da Lei n.º 691/84 (Código Tributário Municipal – CTM).

3. A ora agravante foi citada, por via postal, nos termos do art. 8.º, I, da Lei n.º 6.830/80, vindo aos autos para oferecer à penhora bem imóvel que afirmava ser de sua propriedade e, por igual, afirmava situar-se na Av. Francisco Bicalho n.º 49, Centro, nesta Cidade (fls. 05 dos autos da ação de execução).

4. Instado o Município a se manifestar, constatou-se que a ora agravante havia adunado aos autos, tão-somente, uma relação em que figurava o referido imóvel, com um suposto valor de avaliação.

5. Não atendia a agravante os requisitos estampados nos arts. 655 e 656 do CPC para que válida fosse a nomeação: 1.º) não indicou a agravante as transcrições aquisitivas do imóvel, não comprovando a pro-

priedade (art. 655, § 1.º, I, c/c art. 656, par. único, CPC); 2.º) não atribuiu valor plausível ao aludido imóvel (art. 655, § 1.º, V, CPC), e 3.º) não comprovou estar o aludido bem livre e desembaraçado (art. 656, IV, CPC) – vide fls. 05/08 dos autos da execução.

6. Desta forma, embora fosse, de plano, inválida a nomeação realizada pela agravante, preferiu o Município, ora agravado, postular a concessão de um prazo razoável para que a agravante suprisse as referidas omissões, possibilitando o posterior exame por parte do credor e do juízo. Assim é que pleiteou apresentasse a ora agravante: a) a certidão atualizada do RGI do imóvel indicado; e b) o espelho do último carnê do IPTU incidente sobre o imóvel (fls. 09 dos autos da execução).

7. Do despacho do órgão julgador *a quo*, determinando que a executada trouxesse aos autos os documentos elencados pelo agravante, foi regularmente intimada a agravante, por publicação no D.O., no dia **18-7-2000** (fls. 09 verso da execução).

8. Não obstante, quedou-se a executada na mais absoluta **inércia por mais de um mês**, conforme se verifica pela certidão de fls. 09-verso dos autos da execução.

9. Diante da ausência de manifestação da executada, deixando de cumprir os requisitos legais mínimos para que o seu oferecimento de bens fosse ao menos analisado, retornou ao credor o direito de efetuar a nomeação, nos termos do art. 657, *in fine*, do CPC, pelo que indicou o dinheiro, primeiro item da lista do art. 11 da Lei n.º 6.830/80, este proveniente do faturamento da executada, em percentual módico (5% mensais), o que foi deferido pelo juízo *a quo* (v. fls. 10 e 11/14 da execução).

10. Diante desta decisão, interpôs a executada o presente recurso, alegando, em suma:

- a) não ser possível a penhora sobre a renda de empresa, conforme decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, que aponta;
- b) que teria violado o art. 678, par. único, do CPC, ao nomear depositário o 3.º Depositário Judicial, impedindo que este apresentasse uma forma de administração, ao invés dos diretores da empresa;

- c) que os valores correspondentes ao faturamento da agravante estão comprometidos com o pagamento dos salários dos seus funcionários, pelo que a decisão violaria o art. 649, IV, do CPC, que impede a constrição sobre salários;

11. Não colhem as alegações da agravante.

12. Ora, esta efetivou nomeação ineficaz e, mesmo instada pelo Juízo, a pedido do credor, para que suprisse as omissões contidas no seu oferecimento, atendendo aos requisitos mínimos legais, simplesmente, silenciou, provavelmente porque sabia inválida e protelatória a indicação inicial formulada. Agora, precluído o seu direito e determinada a penhora sobre dinheiro, em módico percentual, pretende reformar o *decisum* sem sequer apontar outros bens sobre os quais possa a constrição recair.

II. NOMEAÇÃO ABSOLUTAMENTE INEFICAZ — MESMO SENDO INSTADA A SUPRIR A INVALIDADE, A AGRAVANTE QUEDOU-SE INERTE

13. Conforme se pode verificar já pela narrativa dos fatos acima compreendida, a agravante realizou penhora absolutamente ineficaz, deixando de cumprir diversos dispositivos legais, e, mesmo lhe sendo outorgada oportunidade para suprir a invalidade do oferecimento, guardou monástico silêncio.

14. Ora, diante desta conduta da agravante, que ignorou, solenemente, a determinação do juízo para que regularizasse o oferecimento de bens que houvera efetivado, outra opção não restou ao credor senão postular a constrição sobre o primeiro item da lista, estampada no art. 11 da Lei n.º 6.830/80, qual seja, o dinheiro.

15. Note-se que a agravante compareceu aos autos e apresentou uma simplória relação de imóveis, dentre os quais dizia ser proprietária daquele situado na Av. Francisco Bicalho n.º 49, atribuindo-lhe, sem nenhuma demonstração plausível, o incomensurável valor de 46 milhões de reais.

16. Nesta oportunidade, não cumpriu a agravante os requisitos legais mínimos para que a nomeação fosse analisada pelo credor e pelo Juízo, uma vez que: 1.º) não indicou as transcrições aquisitivas do imó-

vel, não comprovando a propriedade (art. 655, § 1.º, I, c/c art. 656, par. único, CPC); 2.º) não atribuiu valor plausível ao aludido imóvel, afirmando que o bem, localizado em zona pouco valorizada, atingia a importância de 46 milhões de reais sem ao menos trazer algum elemento que mostrasse a veracidade da alegação (art. 655, § 1.º, V, CPC), e 3.º) não comprovou estar o aludido bem livre e desembaraçado (art. 656, IV, CPC) — vide fls. 05/08 dos autos da execução.

17. Não obstante a total ineficácia que a nomeação apresentava de plano, entendeu o credor, dentro do espírito de tentar penhorar o bem indicado pela própria devedora, que deveria conceder nova oportunidade para que a agravante suprisse as aludidas omissões e cumprisse os requisitos legais, a fim de fornecer não apenas ao exequente, mas também ao Juízo, elementos para examinar a garantia trazida à baila.

18. Assim é que postulou que a agravante trouxesse aos autos certidão atualizada do RGI e o último carnê do IPTU relativamente ao imóvel indicado. Com tais documentos, seria possível conferir as transcrições aquisitivas do imóvel, bem como verificar se a devedora era realmente proprietária. Além disso, ter-se-ia um elemento concreto de avaliação do preço do imóvel no mercado, verificando a sua suficiência para garantia da execução, e demonstrada restaria, ao menos em princípio, a ausência de ônus que pudessem estar a gravá-lo (v. fls. 09 da execução).

19. Como dito, mesmo diante desta segunda oportunidade, que não estava obrigado o credor a conceder, e nada mais pedia senão o cumprimento da lei, silenciou a agravada, ignorando, por completo, a determinação do Juízo *a quo* (v. fls. 09-verso da execução).

20. O direito de efetuar a nomeação de bens para garantia do juízo, então, retornou para o exequente, nos termos do art. 657, *in fine*, do CPC. No exercício deste direito, seguiu o agravado a ordem preceituada pelo art. 11 da Lei n.º 6.830/80, postulando a penhora de dinheiro.

21. Saliente-se que se trata de constrição sobre dinheiro existente no faturamento da agravante e, mais, em percentual bastante modesto (5%) e aceito pela jurisprudência cediça deste E. Tribunal de Justiça, como se demonstrará nos tópicos adiante desenvolvidos.

22. Cumpre observar que a agravante não realizou nomeação eficaz em primeiro grau de jurisdição, mesmo lhe sendo fornecida oportu-

tunidade para suprir os vícios apontados pelo credor, ficou-se inerte e, pasme-se, sequer nos autos deste agravo de instrumento comprova ter bens suficientes e livres sobre os quais possa recair a penhora.

23. Em suma, pretende a agravante sair do Tribunal com um salvo-conduto, com a declaração de que se encontra imune a qualquer tipo de penhora, ou que não precisa garantir o juízo se quiser insurgir-se contra o título executivo (se é que vai propor ação de embargos).

24. Não se pode dar guarida à pretensão da agravante. Tendo esta efetuado nomeação ineficaz, quedando-se silente mesmo ante a outorga de nova oportunidade para suprir as suas omissões, retornou tal direito ao credor, que postulou constrição sobre o primeiro item do elenco da lei, ou seja, dinheiro, este oriundo do faturamento da executada, o que, como se demonstrará, é medida legalmente admissível e consagrada pela jurisprudência.

III. A AGRAVANTE NÃO PROVA QUE A PENHORA “INVIABILIZARÁ” O FUNCIONAMENTO DA EMPRESA

25. Inicialmente, cumpre rechaçar a inóspita alegação da agravante de que não pode a penhora incidir sobre dinheiro decorrente do seu faturamento, pois este se encontra comprometido com o pagamento dos salários dos seus funcionários, violando a decisão agravada o art. 649, IV, do CPC, atinente aos bens impenhoráveis.

26. De plano, há que se salientar **não ter sido determinada qualquer penhora sobre salário ou remuneração de quem quer que seja! Ora, ao que se saiba, pessoa jurídica não auferes salário ou qualquer remuneração de natureza estipendial! Pessoa jurídica auferes receita, faturamento.** Sobre pequeno percentual desta arrecadação é que recai a penhora deferida.

27. Portanto, absolutamente esdrúxula a alegação de violação ao dispositivo da lei processual que prevê a impenhorabilidade do salário e vencimentos de funcionários públicos.

28. De outra parte, argumenta a agravante que o seu faturamento estaria comprometido com o pagamento dos aludidos salários de seus funcionários.

29. Ora, de plano, afere-se ser inverossímil tal alegação, na medida em que a agravante é, notoriamente, empresa sólida, que permanece em regular funcionamento há vários anos. Evidentemente, não teria se sustentado tanto tempo se faturasse apenas para pagar salários. Pior: se verdadeira a afirmação, conclui-se que tem funcionado à custa do não-pagamento de impostos, inclusive aquele cobrado na ação de execução em comento.

30. Se não tem, a agravante, como se manter, arrecadando apenas para pagar salários, há de valer-se dos benefícios concedidos pela lei, postulando a concordata ou a falência. Por óbvio, se não o fez a agravante até agora, e sequer anuncia tal pretensão, é porque, na verdade, tem totais condições de pagar os impostos que se nega a recolher.

31. Mais que isso, **a alegação da agravante é absolutamente vazia, pois não traz aos autos qualquer comprovação de que seu faturamento encontra-se comprometido totalmente com o pagamento de salários de seus empregados. Não basta a mera argumentação, seria preciso que a agravante tivesse trazido aos autos, pelo menos, os balanços dos últimos anos e balancetes dos últimos meses, a fim de provar, cabalmente, a sua afirmação de que a penhora do faturamento, no módico percentual de 5%, irá comprometer o seu funcionamento.**

32. Porém, como era de se esperar, nenhum documento acosta a agravante! Certamente, porque sabedora de que o seu faturamento suporta, e com sobras, o pequeno percentual da penhora deferida pelo juízo *a quo*.

33. Absolutamente falaciosa e imprestável tal alegação para impor a reforma da decisão do órgão julgador monocrático, esta totalmente consentânea com a lei e a jurisprudência. Prejuízo algum terá a agravante com a penhora deferida.

IV. PENHORA DE DINHEIRO ORIUNDO DO FATURAMENTO: POSSIBILIDADE — A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RJ

34. De outra parte, há que se examinar, a admissibilidade genérica da penhora de renda e as prerrogativas da Fazenda Pública no rito especial da execução fiscal.

35. A crise institucional do processo de execução tem levado a doutrina e a jurisprudência hodiernas a focalizar meios de torná-la mais efetiva e justa. Destarte, as preocupações excessivas com a segurança jurídica vêm dando lugar às ponderações em favor da celeridade processual, na busca de um ponto de equilíbrio entre os dois princípios jurídicos.

36. A prática processual tem revelado, continuamente, a vantagem que devedores, sobretudo os contumazes e detentores do poder econômico, levam sobre os credores em geral, frustrando ou retardando a cobrança judicial e abalando, na esfera pública e privada, respectivamente, o custeio das entidades político-administrativas — gerando *déficit* orçamentário — e o próprio mercado do crédito — estimulando, entre outras coisas, a distorção dos juros. Daí porque o ordenamento jurídico tem assegurado medidas e instrumentos processuais destinados à melhor satisfação do crédito.

37. Quanto ao rito da execução fiscal, por força da qualidade própria ao titular do crédito (ente público), especiais prerrogativas lhe são asseguradas a par da consagração do impulso oficial pelos arts. 7.º e 8.º da Lei n.º 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais — LEF).

38. No que tange à garantia do juízo, a lei é clara em seus arts. 10, 11 e 15, II, demarcando a preferência da Fazenda Pública na eleição do bem que melhor e mais rapidamente servirá à futura e eventual satisfação do crédito exequendo. Eis a redação do art. 15 da Lei n.º 6.830/80 — LEF:

Art. 15. Em qualquer fase do processo, será deferida pelo juiz:

(...)

II — à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no art. 11, bem como o reforço da penhora insuficiente.

(...)

39. Por seu turno, vale notar a moderação do percentual adotado como penhora de dinheiro decorrente do faturamento e o critério seguro para garantia da execução, ante a ausência absoluta de compro-

vação quanto à onerosidade da penhora. Confirma-se o critério de razoabilidade adotado pelo juízo monocrático.

40. O agravante não pode alegar que é onerosa a penhora de 5% de sua renda. Trata-se de questão que enseja um juízo de razoabilidade, a ser pautada pelo que a doutrina conceitua por discricionariedade técnica. Tal discricionariedade técnica tem por meta objetivar critérios de solução para a avaliação do caso concreto, mediante a análise de parâmetros outros (decisões), anteriormente produzidos. Coaduna-se, portanto, com a interpretação sistemática dos precedentes (*case law*) e com o princípio da proporcionalidade.

41. De plano, cumpre observar que a jurisprudência tem entendido, em inúmeros casos, que a penhora na ordem de até 10% é módica, em vista da garantia da execução, como se depreende dos seguintes arestos:

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Agravo Inst. n.º 3661/99 – Ac. Unân.

Rel. Des. Sergio Lucio Cruz

j. em 29.6.99 – reg. 17.8.99

Partes: Viação São José Ltda. X Rafael Cabral Araújo, Rep/p/s/mãe

“PENHORA DE RENDAS. EMPRESA DE TRANSPORTE DE ÔNIBUS. DEFERIMENTO. INÉRCIA NA EXECUÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.

Agravo de instrumento. Decisão de primeiro grau que deferiu penhora em renda de empresa. Advogado que ingressa nos autos, após a decisão que deferiu penhora em ônibus e a lavratura do competente termo, toma inequívoca ciência do mesmo. Não lavrado o termo, por inércia do executado, correta a decisão que deferiu a penhora sobre a renda. Sendo eficaz meio de garantir ao exequente a realização do seu crédito e tendo sido fixada em percentual moderado (20%), é de ser mantida a penhora sobre a renda”.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Agravo Inst. n.º 5845/98 – Ac. unân.

Rel. Des. Luiz Carlos Guimarães

j. em 10.2.99 – reg. em 22.4.99

Partes: Rádio Cristais do Brasil S/A e Estado do Rio de Janeiro

“EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE RENDA. SUBSTITUIÇÃO DO BEM PENHORADO. INDEFERIMENTO. PRECLUSÃO. ART. 620, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

Execução fiscal. Penhora de percentual de 30% (trinta por cento) da renda diária da agravante.(...)

‘In casu’, a agravante não atendeu ao chamamento do juízo, não garantindo a execução como lhe assegura o art. 9.º da Lei n. 6.830/80, tendo lugar a penhora da renda. Pretensão de sua substituição por outros bens formulada somente na rede recursal. Sua inviabilidade, em face da preclusão. Aplicação razoável das disposições do art. 620 do CPC, para reduzir-se o percentual a 10% (dez por cento) da renda diária. Agravo parcialmente provido”.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Agravo Inst. n.º 6.169/98

Partes: Garagem Benfica Ltda. e Outros X Esso Brasileira de Petróleo Ltda.

“EXECUÇÃO. PENHORA DE RENDA. ADMISSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 601 CPC. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES.

Penhora de 30% da renda de empresa comercial. Licitude. Indicação de bens em condomínio, não aceitos pela exequente. Devolução do direito a esta, que indicou penhora de renda diária, ficando a administração com o sócio-gerente da executada. Penhora não executada após longos meses, com ocultação do geren-

te. Agravo interposto por sócia que se recusou a aceitar a penhora. Recurso improvido. Má-fé processual. Multa do art. 601 do CPC”.

42. Aliás, o limite máximo estabelecido pela jurisprudência tem sido de 30% sobre a receita (cf. TJESP. Ag. Instrumento 199.551-2/0, Rel. Des. Carvalho Viana, RT 695:107), bem acima da proporção determinada pelo ínclito juízo de primeiro grau, valendo referir o seguinte excerto do voto do Relator Min. Garcia Vieira:

O devedor, ao oferecer bens à penhora, deve obedecer à ordem estabelecida no artigo 11 da Lei n.º 6.830/80, e vem em primeiro lugar o dinheiro (artigo 11, inciso I). A exeqüente, em qualquer fase do processo, pode requerer a substituição dos bens penhorados por outros (artigo 15, inciso II). No caso, a recorrente, através de requerimento devidamente fundamentado, requereu a substituição dos bens penhorados por 30% (trinta por cento) do faturamento da devedora. Este pedido foi deferido e não poderia ser negado, face os termos imperativos do artigo 15 da Lei n.º 6.830/80. A penhora em trinta por cento do faturamento da executada vem sendo reiteradamente admitida por vários Tribunais, inclusive o nosso (docs. de fls. 56/58 e o Recurso Especial 2.563-SP, DJ 28.5.90).

43. O Município, ora agravado, indicou como parâmetro seguro e de fácil aferição aquele determinado como base de cálculo para o Cofins (art. 2.º da Lei Complementar federal n.º 70/91). Daí porque não se pode alegar que a forma de penhora requerida é simplista ou despidada de qualquer critério razoável.

44. Saliente-se, uma vez mais, que a agravante jamais indicou bens suficientes ou mesmo seguiu a ordem legal ou, ainda, procedeu ao depósito integral em dinheiro para discutir os lançamentos, suspendendo a exigibilidade dos créditos tributários (art. 151, II, CTN), pelo que se impõe a penhora do dinheiro oriundo do faturamento, determinada pelo juízo *a quo*.

45. Especificamente em relação à tese da admissibilidade da penhora de dinheiro oriunda da renda ou faturamento dos executados, tem

se manifestado favoravelmente o Tribunal de Justiça deste Estado, por diversas vezes. Confira-se:

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Agravo de Inst. n.º 770/98 – Ac. unân.

Rel. Des. Paulo Sérgio Fabião

j. em 1.12.98 – reg. 11.6.99

Partes: Palco Alimentos e Comércio Ltda. X Estado do Rio de Janeiro

“EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE RENDA. ADMISSIBILIDADE. ART. 11, LEI 6.830/80

Execução fiscal. Penhora de renda. A penhora de renda se constitui de uma penhora em dinheiro.

Nos termos do disposto no art. 11 da Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980, a garantia do débito do executado deve ser preferencialmente efetuada em pecúnia, só devendo incidir sobre outros bens quando for impossível a oferta em dinheiro. Impossibilidade de reunião das execuções contra o mesmo devedor, pela ausência de penhoras sobre o mesmo bem. Desprovemento do agravo”.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Agravo de Inst. n.º 4.115/99 – Ac. unân.

Rel. Des. Carlos Raymundo

j. em 1.6.99 – reg. 2.7.99

Partes: Lojas Arapuã S/A X Celestino Rodrigues de Carvalho

“EXECUÇÃO. AMPLIAÇÃO DA PENHORA. PENHORA DA RENDA DIÁRIA DO DEVEDOR. ADMISSIBILIDADE.

Execução. Penhora sobre renda diária de comerciante. Possibilidade. Dispondo o artigo 655 CPC deve a penhora recair preferencialmente em dinheiro, proce-

de a decisão que fez incidir o reforço da constrição sobre percentual da renda diária do devedor comerciante, a qual não contraria o ordenamento jurídico, onde se prevê, expressamente, ser penhorável o próprio ente mercantil. Agravo parcialmente provido para reduzir o percentual da penhora, considerando a situação econômica da executada”.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Agravo de Inst. n.º 273/98 – Ac. unân.

Rel. Des. Marianna Pereira Nunes

j. em 15.9.98 – reg. 8.3.99

Partes: Banco do Brasil S/A X Hospital Cardoso Rodrigues Ltda.

“EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PENHORA DA RENDA DIÁRIA DO DEVEDOR. FIXAÇÃO DO PERCENTUAL. SUBSTITUIÇÃO. FIANÇA BANCÁRIA. ART. 655. ART. 656, CPC.

Execução de sentença. Penhora. Incidência sobre 10% da renda diária da empresa executada. Admissibilidade. O instituto da fiança não está alinhado entre os bens suscetíveis de penhora previstos no art. 655 do Código de Processo Civil. Incabível a substituição da penhora em parte da renda diária da empresa executada por carta de fiança bancária, não prevista no art. 655 do Código de Processo Civil. O princípio da menor onerosidade, previsto no art. 620 do Código de Processo Civil, não pode contrapor-se ao disposto nos artigos 655 e 656 do CPC”.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

8.ª Câmara Cível

Ag. Inst. n.º 2355/99

“EXECUÇÃO FISCAL. BEM INDICADO À PENHORA INCONVENIENTE. PENHORA DE 5% DA RENDA BRUTA DA DEVEDORA. RECOMEN-

DAÇÃO PARA QUE SEJA MENSAL ESSA CONTRIBUIÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO”.
(Grifos nossos.)

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Agravo de Inst. n.º 3.879/98 – Ac. unân.

Rel. Des. Nascimento Póvoas Vaz

j. em 18.8.98 – reg. 8.9.98

Partes: Barcelos e Cia Ltda. e Outro

“SOCIEDADE COOPERATIVA. PENHORA DA RENDA DIÁRIA DO DEVEDOR. POSSIBILIDADE DA MEDIDA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.

Penhora de renda diária em sociedade cooperativa de consumo. Possibilidade, uma vez que requerida pelo exequente, ao lhe ser devolvida a nomeação dos bens sujeitos à constrição, em face da ineficácia da promovida pelo devedor. Desnecessária a indicação de administrador, como previsto no art. 719 e seguintes do CPC, providência prevista para efetivação do pagamento do credor, como medida satisfativa, e não assecuratória do juízo. Penhora que se processa como a que recai em dinheiro. Exceção de pré-executividade. Descabida a sua suscitação pelo devedor em execução fundada em cheques por ele emitidos, e cujo pagamento fora recusado pelo sacado. Confirmação do decidido”. (Grifos nossos).

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Agravo de inst. n.º 1.441/96 – Ac. unân.

Rel. Des. José Pimentel Marques

j. em 16.7.96 – reg. 23.8.96

Partes: Rio Ita Ltda. X Auto Lotação Ingá Ltda.

“PENHORA DA RENDA DIÁRIA DO DEVEDOR. ART. 655, I, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

Agravo de instrumento. Penhora de parte da fêria diária do agravante. Possibilidade, eis que assim se faz venia à gradação legal do art. 655, I, CPC. Capital que

comporia futura reserva de giro pode ser objeto de constrição judicial, de vez que tal reserva há de servir, igualmente, para pagar aos credores do devedor”.
(Grifos nossos.)

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

7.ª Câmara Cível

Agravo de Inst. n.º 9621/99

Rel. Des. Marly Macedônio França

j. em 14.12.99

Partes: Sigla Sistema Globo de Gravações Audiovisuais Ltda X Município do Rio de Janeiro

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO FISCAL. FIANÇA BANCÁRIA. INEFICAZ.

A fiança bancária oferecida sem observância dos requisitos previstos no art. 9.º, § 5.º, da LEF, não se mostra eficaz, devolvendo-se ao exeqüente o direito de indicar bens para garantir a execução.

PENHORA DE RENDA. PENHORA DE DINHEIRO. DISTINÇÃO. DISPONIBILIDADE.

Penhora em dinheiro supõe disponibilidade e não se confunde com penhora de faturamento da empresa, ainda que para aquela seja determinada arrecadação em prestações com base em percentual da arrecadação mensal da empresa executada.

*No caso sub judice, além de expressamente consignado na decisão agravada **tratar-se de penhora de dinheiro, a fixação de arrecadação mensal de percentual ínfimo traduz disponibilidade, não gerando prejuízo para a saúde financeira da empresa agravante.***

SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA POR FIANÇA BANCÁRIA. RATIO LEGIS DO ARTIGO 15, I, DA LEI N.º 6.830/80. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA DE DINHEIRO.

Tratando-se de penhora de dinheiro que, além de preferencial na ordem legal (art. 11, LEF), é convertida em depósito (art. 11, § 2.º, LEF), incabível a pretensão de substituição da mesma por fiança bancária.

A ratio legis do inc. I do art. 15 da Lei em questão é de que a execução seja garantida da forma mais líquida e favorável ao credor, não sendo possível aplicação do referido dispositivo com vistas a substituir uma garantia privilegiada, por expressa disposição legal, e líquida por excelência, por uma menos benéfica ao credor”. (Grifos nossos.)

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

13.ª Câmara Cível

Agravo de Inst. n.º 9.288/99

Rel. Des. Nametala Jorge

j. em 2.12.99 – DO de 02.04.200

Partes: Empresa Brasileira de Engenharia Ltda. X Município do Rio de Janeiro

*“Processual Civil. Agravo de Instrumento. Execução Fiscal. Penhora. Ineficácia da nomeação de imóvel de terceiro, quando a Fazenda Pública a ela se opõe (art. 9º, d, IV, da LEF). **Penhora sobre 5% do faturamento da empresa. Possibilidade. Precedentes deste Tribunal**”. (Grifos nossos.)*

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

3.ª Câmara Cível

Agravo de Inst. n.º 12.646/99

Rel. Des. Sérgio Lucio de Oliveira e Cruz

j. em 15/3/2000 – DO de 15/3/2000

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEFERIU PENHORA EM RENDA DE SOCIEDADE. SENDO EFICAZ MEIO DE GARANTIR AO EXEQÜENTE A REALIZAÇÃO DO SEU CRÉDITO E TENDO SIDO FIXADA EM PERCENTUAL MODERADO (5%), É DE SER MANTIDA A PENHORA SOBRE A RENDA. PERMANECENDO O

NUMERÁRIO ARRECADADO À DISPOSIÇÃO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO, NENHUM RISCO É IMPOSTO AO AGRAVANTE”. (Grifos nossos.)

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

4.ª Câmara Cível

Agravo de Inst. n.º 11.349/99

Rel. Des. Pestana de Aguiar

j. em 28.3.2000 – DO de 13.4.2000

Partes: Lâmina Laboratório de Análises Médicas e Investigações Anatómicas Patológicas Ltda. X Município do Rio de Janeiro

*“Agravo contra decisão que determinou a incidência da **penhora em execução fiscal, no percentual de 5% do faturamento mensal da executada, ora agravante. Pretende que a penhora incida sobre prédio comercial pertencente aos sócios da agravante. Desprovemento”.** (Original sem grifos.)*

46. Deste entendimento não discrepam outros tribunais, valendo citar como exemplo:

Tribunal de Justiça de São Paulo

Agravo de inst. n.º 143.891-2/1989

Rel. Des. Mário Vitiritto

*“Tratando-se de execução fiscal, o pedido de penhora de percentual de renda diária da executada com depósito em percentual de renda diária da executada com depósito em instituição financeira oficial **discrepa do consagrado no Código de Processo Civil relativamente ao usufruto de empresa, arts. 678, parágrafo único, primeira parte, 716-720 e 728, III.** (...) A penhora fiscal desta última (penhora de dinheiro com depósito atualizado – art. 11, I, e par. 2.º) **não coincide com o usufruto judicial do Código de Processo Civil, com plano de administração, esquema de pagamento mensal e com finalidade liberatória do débito e sempre sem prejuízo do fisco**”. (Grifos nossos).*

47. Portanto, conforme a jurisprudência já colacionada, perfeitamente cabível a presente penhora incidente sobre dinheiro decorrente do faturamento da agravante.

V. A PENHORA DE DINHEIRO ORIUNDO DO FATURAMENTO NÃO SE CONFUNDE COM A PENHORA DE ESTABELECIMENTO COMO AFIRMA A AGRAVANTE

48. A agravante tenta desvirtuar toda a sistemática relativa à penhora incidente sobre pecúnia, comumente chamada “penhora de renda”, escorando-se em alguns acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

49. Na verdade, não raras vezes tem-se confundido as espécies de penhora que, de alguma forma, objetivam atingir a pessoa jurídica. Esta promiscuidade de classificações, curiosamente, tem redundado, muitas vezes, em deixar ao léu o direito do credor.

50. Tenta a agravante enveredar por esta trilha e sensibilizar essa E. Corte, postulando a reforma da decisão que concedera a penhora sobre dinheiro decorrente do faturamento, alegando que tal espécie de penhora equivaleria a atingir as atividades regulares da devedora, inviabilizando o seu negócio, o que considera um grave risco.

51. A despeito das circunstâncias fáticas já mencionadas (nomeação ineficaz, prova de que 5% do faturamento não compromete a saúde financeira da empresa, etc.), e que impõem a necessidade de manutenção do *decisum* agravado, bem como tornam o tipo de constrição decretada adequada à hipótese concreta, afere-se que, em verdade, a penhora determinada pelo juízo monocrático não tem, jamais, o condão de gerar os efeitos protagonizados pela agravante. É que, simplesmente, a agravante está a confundir (i) a **penhora da empresa (arts. 677/678, CPC)** ou (ii) o **usufruto de empresa (arts. 716/729, CPC)** com (iii) a **constrição sobre dinheiro decorrente do faturamento da empresa (arts. 11, I, e 15, II, da Lei n.º 6.830/80 — LEF)**.

52. Com efeito, a (i) **penhora de empresa** encontra-se prevista nos arts. 677 a 678 do CPC e constitui um meio pelo qual o credor,

mediante um administrador, penetra nas atividades da empresa executada, nela se imiscuindo para, dos resultados decorrentes, extrair a satisfação de seu crédito.

53. Em síntese, a penhora de empresa pressupõe a existência de **atos de gestão** por parte do credor, diretamente na empresa devedora, por intermédio de um administrador nomeado.

54. Vale notar que tal espécie de penhora não é, *a priori*, meio de pagamento, mas sim de garantia do juízo, justamente no que difere do (ii) **usufruto de empresa**, previsto nos arts. 716 a 729 do CPC. Esta modalidade, também usualmente citada pela jurisprudência, em verdade, é forma de pagamento do credor. Neste caso, o devedor, efetivamente, **perde o gozo da empresa** totalmente até a satisfação integral do credor. Há, aqui, portanto, mais que simples atos de gestão.

55. E totalmente diferente de ambas as modalidades retrocitadas é a (iii) **penhora de dinheiro oriundo do faturamento** da empresa. Esta encontra supedâneo no caso das ações de execução fiscal, nos arts. 11, I, e 15, II, da Lei n.º 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais). Constitui verdadeira constrição sobre dinheiro, primeiro item da lista insculpida no aludido art. 11, bem, evidentemente, ao qual deve ser dada preferência para garantia do juízo, tendo em vista a liquidez imediata que possui.

56. A penhora de dinheiro decorrente do faturamento difere da penhora de empresa, com a qual é geralmente confundida, pelo fato de **não pressupor atos de gestão**. O credor, nesta modalidade, não interfere na atividade do devedor. O que ocorre, neste caso, é a determinação, pelo juízo, de que um pequeno percentual do dinheiro que ingressar na empresa (faturamento) será destinado a, gradativamente, garantir o juízo, possibilitando ao executado, desde logo, e se desejar, insurgir-se contra a cobrança por meio da ação de embargos.

57. O dinheiro está disponível, pois corresponde a uma módica parte daquilo que a empresa faturar em determinado período. Tal percentual, convencionou-se, seria razoável no patamar de 5% e, o mencionado período, igualmente, mostrou-se razoável ser o mensal.

58. Clara está, portanto, a diferença existente entre estas três modalidades.

59. O que a agravante faz (e, de resto, alguns julgados, até mesmo do STJ) é confundir a (i) **penhora de empresa**, que pressupõe atos de gestão e realmente obsta o regular desempenho das atividades desta (por isso a necessidade de um administrador), com a (iii) **penhora de dinheiro oriundo do faturamento**, que não pressupõe atos de gestão e em nada gera riscos à atividade da devedora. Esta, tão-só, terá que reservar, mensalmente, parte do dinheiro de sua receita para garantir o juízo, em módico percentual (*in casu* 5%), bastando a nomeação de um depositário para efetivação dos depósitos judiciais, mas não de um administrador.

60. Portanto, ao revés do que alega a agravante e mesmo a decisão recorrida, não se cuida, aqui, da penhora de estabelecimento, a que se referem os arestos da Corte Superior mencionados, mas, realmente, de penhora de dinheiro, que não onera o devedor a ponto de inviabilizar-lhe as atividades.

61. Por outro lado, se excepcional deve ser a medida, esta se configura uma hipótese excepcional, uma vez que deixou a agravante de realizar nomeação eficaz, mesmo tendo o juízo lhe concedido duas oportunidades para tanto, quedando-se, convenientemente, inerte, e tampouco comprovando nestes autos que é proprietária dos bens que afirma possuir.

62. Outrossim, cumpre repelir, derradeiramente, informação inverídica colacionada pela agravante em suas razões. Afirma esta que teria o órgão julgador monocrático nomeado depositário o 3.º Depositário Judicial e não um dos diretores da empresa. Basta uma vista d'olhos na decisão agravada para verificar que, ao contrário, foi nomeado depositário, justamente, o representante legal da executada e não o 3.º Depositário Judicial, não se compreendendo mais esta falaciosa alegação da agravante.

VI. CONCLUSÃO

63. Dessarte, requer o Município que seja negado provimento ao presente recurso, pois:

- a) a nomeação de bens efetuada pela agravante revelou-se absolutamente ineficaz, não cumprindo os requisitos dos arts. 655 e 656 do CPC e, mesmo tendo o credor e o juízo concedido nova oportunidade para que as omissões fossem supridas, esta,

simplesmente, quedou-se inerte, retornando o direito ao oferecimento para o agravado, que postulou penhora do dinheiro oriundo do faturamento em percentual módico (5%), consagrada pela jurisprudência deste Tribunal;

- b) a agravante não traz qualquer prova em suas razões de que a penhora no percentual determinado, ou seja, 5% do seu faturamento, irá “inviabilizar” seu funcionamento, certamente porque tal circunstância não ocorrerá; por igual, é inverídica a afirmação de que a penhora tenha recaído sobre salários, pois que pessoa jurídica não possui salário, mas sim receita, faturamento. Vê-se, assim, que tal tipo de constrição não lhe trará qualquer prejuízo, sendo perfeitamente possível suportá-la;
- c) perfeitamente admissível a penhora de dinheiro oriundo do faturamento da executada, em módico percentual de 5%, primeiro item na lista do art. 11 da LEF, conforme admite a **jurisprudência pacífica deste E. Tribunal**;
- d) não se pode confundir (i) penhora da empresa (arts. 677/678, CPC) ou (ii) o usufruto de empresa (arts. 716/729, CPC) com (iii) a constrição sobre dinheiro decorrente do faturamento da empresa (arts. 11, I, e 15, II, Lei n.º 6.830/80, LEF). A (i) **penhora de empresa** pressupõe atos de gestão e realmente obsta o regular desempenho das atividades desta (por isso a necessidade de um administrador); o (ii) **usufruto de empresa** é meio de pagamento e não de garantia do juízo; e a (iii) **penhora de dinheiro oriundo do faturamento** não pressupõe atos de gestão e em nada gera riscos à atividade da devedora. Esta, tão-somente, terá que reservar, mensalmente, parte do dinheiro de sua receita para garantir o juízo, em módico percentual (*in casu* 5%), bastando a nomeação de um depositário para efetivação dos depósitos judiciais, mas não de um administrador.

N. termos,

P. deferimento.

Rio de Janeiro, 24 de outubro de 2000.

ANTONIO CARLOS DE SÁ

Procurador do Município do Rio de Janeiro



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

1/6
Des. Ely Barbosa



Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.
Décima Sexta Câmara Cível.

Agr. Inst. n.º 13004/2000.
5ª V. Faz. Púb., Capital.
Execução Fiscal.
Classe 1.
Des. Ely Barbosa, Relator.

Agte – Cia. Docas do Rio de Janeiro.
Agdo – Mun. do Rio de Janeiro.

Agravo de Instrumento.

Execução Fiscal.

Empresa.

Penhora de Renda.

*Segundo o art.11 da Lei
6830/80 e o art.655 do CPC, a
garantia do débito do executado deve
ser preferencialmente efetuada em
dinheiro.*

Percentual admissível.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

Des. Ruy Barbosa



*Fixado moderadamente em 5%
do faturamento mensal, até limite da
Execução, cabendo ao Devedor toda a
gestão, penhora determinada ante
nomeação ineficaz.*

Agravo improvido.

Vistos e examinados estes autos de Agravo de Instrumento,
oposto por Cia. Docas do Rio de Janeiro contra decisão em Execução
Fiscal que lhe move Município do Rio de Janeiro.

Acordam os Eminentíssimos Desembargadores da Décima Sexta
Câmara Cível deste Eg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em conhecer
e negar provimento ao agravo, cassado o efeito suspensivo concedido,
nos termos do voto do Relator.

Cuida-se de Agravo de Instrumento contra decisão em Ação,
acima epigrafada,

concedendo penhora de dinheiro que venha a ser



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

7/6
Dra. Ely Barbosa



encontrado à disposição da Executada – Agte, mediante apresentação pela própria empresa executada, valor correspondente a 5% de seu faturamento mensal, a ser depositado em conta específica do Banco do Brasil, à disposição do Juízo, até os limites de execução, cabendo-lhe realizar o depósito, apresentando a guia em cartório, bem como a planilha demonstrativa dos ingressos de dinheiro que obtém fiscais e contábeis,

tendo-o como inadmissível porque recai sobre renda de empresa, porque viola o parágrafo único do art.678 do Cód. de Proc. Civil e porque envolve recursos destinados ao pagamento de salários,

deixando suas razões embargando cada item alinhado, esperando, pois, provimento ao recurso.

Efeito suspensivo concedido, fls.29.

Informando, o Em. Juízo “a quo” manteve a decisão agravada

e, respondendo, o Agdo rebateu cada item suscitado e em aplauso a decisão guerreada, para o que alinha doutrina e jurisprudência, embasando a.

A D. Procuradoria de Justiça não viu existência de interesse público determinando sua intervenção no feito.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

116
Dout. Ely Barboza



Voto.

A documentação de fls.59/68 deixa evidente que o Agte concretizou nomeação de bem a penhora,

sobre o qual o Agdo fez exigências, acolhidas pelo Em. Juízo "a quo", ver fls.63,

e, diante da omissão do Agte, fls.64, instado pelo Juízo, o Agdo ficou com o direito de nomeação, fazendo-o sobre o faturamento da executada e em 5% mensais, o que lhe foi deferido.

não só em função de norma legal vigente como porque o Agte deixou de oferecer documentação que embasasse sua nomeação e em seus requisitos mínimos legais, precluindo o direito de nomeação do Agte,

isto é não comprovou a propriedade, não provou que o bem está livre e desembaraçado e o estimou sem demonstração, tornando ineficaz a nomeação feita.

Na espécie, aplicou-se quanto dispõe o Cód. de Proc. Civil que nos termos do seu art.657 determina retornar, ao Credor, o direito de efetuar a nomeação.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

413
Dra. Elv. Barreto



nomeação que se deu à luz da Lei 6830/80, cujos artigos 10, 11 e inc.II do 15 estabeleceu a preferência da Agda na eleição do bem que melhor e rapidamente serve a satisfação do crédito executando,

mesmo porque o art.655 do CPC dispõe que a penhora deve recair preferencialmente em dinheiro.

Verifique-se que o percentual além de moderado é bastante razoável, posto que há jurisprudência permitindo-o em até 30% do faturamento de empresa,

como porque, é da sabença comum, o princípio da menor onerosidade, previsto no art.620 do Cód. de Proc. Civil, não pode ser contraposto a norma do 655 e 656 do cit. diploma.

Acrescente-se que a determinação se refere ao faturamento mensal, o que, por si só e seu infimo percentual, traduz disponibilidade e não causa prejuízo a saúde financeira da Agte,

permanecendo à disposição do Juízo donde inexistir qualquer risco a Agte. garantia do Juízo.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

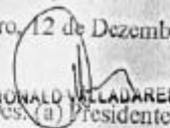
16
Des. Ely Barbosa



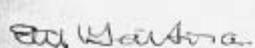
Mais, incoorre na espécie penhora de empresa, porque a gestão ficará diretamente com a Agte, o que não pode ser contestado, bastante simples leitura do final da decisão agravada, sem qualquer interferência do Credor ou do Judiciário porque, a Agte, cabe indicar depositário para efetivação dos depósitos judiciais ou fazê-lo de per si, como determina a decisão guerreada.

Posto, conhece-se do Agravo, nega-se-lhe provimento e cassa-se o efeito suspensivo concedido e o fazem em decisão unânime.

Rio de Janeiro, 12 de Dezembro de 2000.


DES. RONALDO VELADARES
Des.(a) Presidente

(SIVTD)


Des. Ely Barbosa
Relator



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

1/4
Des. Ely Barbosa



Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.
Décima Sexta Câmara Cível.

Embargos Declaratórios.
Agr. Inst. n.º 13004/2000.
5ª V. Faz. Púb., Capital.
Execução Fiscal.
Classe 5.
Des. Ely Barbosa , Relator.

Embte - Agte – Cia. Docas do Rio de Janeiro.
Agdo – Mun. do Rio de Janeiro.

*Não se conhece de recurso
que, sob rótulo de Embargos
Declaratórios, pretende substituir
decisão por outra.*

Vistos e examinados estes autos de **Agravo de Instrumento**,
oposto por **Cia. Docas do Rio de Janeiro** contra decisão em Execução
Fiscal que lhe move **Município do Rio de Janeiro**, em grau de Embargos
Declaratórios.



2/4
Des. Ely Barbosa



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

Acordam os Eminentíssimos Desembargadores da Décima Sexta Câmara Cível deste Eg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em não conhecer dos Embargos Declaratórios, nos termos do voto do Relator.

Cuida-se de Embargos Declaratórios opostos por Cia. Docas do Rio de Janeiro contra o ven. acórdão de fls.84/89 dos autos de Agravo de Instrumento, acima epigrafado,

tendo-o como omisso, vez de que, embora lhe tenha concedido, ver item 2 de fls.91,

“...a gestão e a efetivação, não lhe foi concedido o direito – expresso no parágrafo único do artigo 678 do Cód. de Proc. Civil de apresentar a forma de administração e o esquema de pagamento...”

com o que “..resta violada a legislação acima transcrita...”, do item 3 de fls.92,

esperando se esclareça “...se a Agravante tem o direito de apresentar a forma de administração e o esquema de pagamento, inclusive quanto ao percentual de recolhimento mensal, como se impõe no



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

3 / 4
Des. Ely Barbosa



caso de penhora de renda de empresa concessionária de serviço público...”,
fls.92/93, para o que deixa prequestionada a matéria.

Voto.

Simple leitura do ven. acórdão deixa evidente a inexistência de
omissão ou contradição,

a exigir esclarecimento, mesmo porque, saliente-
se, o agravo foi improvido,

e, por consequência lógica, manteve-se a d.
decisão guerreada, tudo muito explicitado no voto do ven. acórdão,
fls.87/89,

inexistindo possibilidade de dúvida ante os termos
do primeiro parágrafo de fls.89, o que, aliás, reconhece o Embgte no item 2
de fls.91...

**Posto, não se conhece dos Embargos Declaratórios e o fazem
em decisão unânime.**

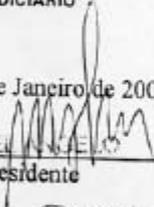


4/4
Des. Ely Barbosa



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

Rio de Janeiro, 23 de Janeiro de 2001.


DES. MIGUEL ANGELO (ciuro)
Des. (a) Presidente

Ely Barbosa

Des. Ely Barbosa
Relator



Ref. A-J. 13 004 / 2000

PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO DE JUSTIÇA

Certifico que a notícia das conclusões do acórdão de fls. 96/99, foi publicada no Diário da Justiça do dia 31 de 03 de 2001, do que dou fé.

Em, 31 de 03 de 2001. *g.*

REMESSA

Nesta data, faço remessa destes autos a Divisão de Registro de Acórdãos.

Em, 12 de MARÇO de 2001.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



RECEBIMENTO

Nesta data recebi estes autos da

16ª CÂMARA CÍVEL

Rio de Janeiro, 12 / 03 / 2000. 2001

Divisão de Registros de Acórdãos

Divisão de Registros de Acórdãos

CERTIDÃO

Certifico que o(s) acórdão(s) de fls. 84 a 89 e 96 a 99

Foi(ram) registrado(s) às fls. 13.193 a 13.204

do respectivo livro.

Rio de Janeiro, 14 / 03 / 2000. 2001

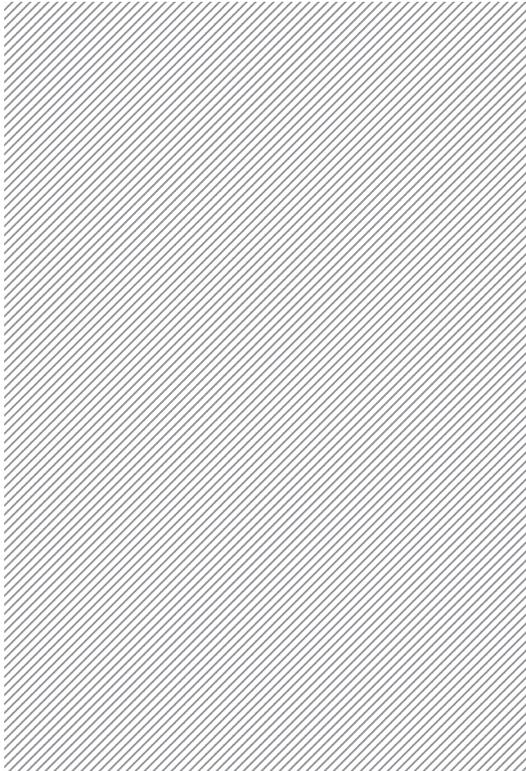
Certidão e Remessa

Certifico que não houve interposição de recurso da decisão de fls. 84 a 99/01, fazendo remessa destes autos à Câmara de Juiz de Alagoa do Município.

Em 15 / 03 / 01 _____
Chefe do Setor de Baixa



Artigos



O Princípio da Boa-Fé e sua repercussão nos contratos – algumas reflexões

EDUARDO DE OLIVEIRA GOUVÊA*

I. ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR E DIREITO COMPARADO. II. A DICOTOMIA CLÁSSICA DA BOA-FÉ. III. O LIAME CONTRATUAL E O PARADIGMA DA BOA-FÉ: SUA EXTENSÃO E ALCANCE. IV. A HERMENÊUTICA CONTRATUAL SOB O PRISMA DA BOA-FÉ. V. DEVERES CONTRATUAIS INDIRETOS, DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. VI. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ COMO ESPINHA DORSAL DA CONDUTA DAS PARTES CONTRATANTES. VII. A BOA-FÉ COMO MÓVEL PARA O PERECIMENTO DO ENCARGO OBRIGACIONAL. VIII. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

I. ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR E DIREITO COMPARADO

Dentre os vetores principiológicos que norteiam o direito exsurge a indelével relevância da boa-fé, que sobrepairá às partes compelindo-as a ajustarem suas condutas com retidão e lealdade mútua, num genuíno sinalagma comportamental.^{1,2}

* *Mestrando em Direito (UNESA); Especialista em Direito (UNESA); Professor dos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu da UNESA; Professor da Faculdade de Direito Veiga de Almeida — RJ; Procurador do Município do Rio de Janeiro.*

1 A Prof.^a Maria Tereza Negreiros apregoa que o princípio da boa-fé teria adargas no texto matriz republicano, como uma especificação do princípio da dignidade da pessoa humana. Em apertada síntese, a ilustre tratadista invoca em prol de sua these o art. 1.º, incisos II, III e IV, combinado com o art. 3.º, inciso I, da Carta Política, onde

Sendo um princípio geral do direito, a boa-fé vem espraiando fundamento na história da civilização e, portanto, está umbilicalmente ligada à historicidade humana, que, por sua vez, transcende os umbrais da Ciência do Direito.³

Como asseverado, sua matriz (da boa-fé) tem fincas em outras áreas do conhecimento humano, daí ser considerado seu perfil dinâmico e polifacético.

Prova indelével do que se intenta asseverar se encontra na oportuna alusão perfectibilizada por André Comte-Sponville, em seu *Pequeno tratado das grandes virtudes*, que não nos furtamos de reproduzir:

*Como a fidelidade ou a coragem, a boa-fé tampouco é uma virtude suficiente ou completa. Ela não substitui a justiça nem a generosidade, nem o amor. Mas que seria uma injustiça de má-fé? Não seriam justiça, nem amor, nem generosidade, a não ser que corrompidos à força da hipocrisia, de cegueira, de mentira. Nenhuma virtude é verdadeira, ou não é verdadeiramente virtuosa sem essa virtude da verdade. **Virtude sem boa-fé é má-fé, não é virtude.** (p. 215; grifos nossos.)*

são erigidas as finalidades fundamentais do novel Estado brasileiro, vale dizer, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A solidariedade, portanto, em sede constitucional, daria esteio ao primado da boa-fé em plagas brasileiras. (NEGREIROS, Maria Tereza. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 282 e ss.)

2 *Negando tal desiderato, sem no entanto subtrair sua importância como pilar estrutural do ordenamento jurídico pátrio, o lecionário do Prof. Régis Fichtner Pereira:*

“Não se pode extrair dessas regras, contudo, que o princípio da boa-fé esteja positivado em sede constitucional, corroborando a correção da assertiva, não parece possível apontar a violação da constituição federal e se provocar a intervenção do Supremo Tribunal Federal em uma decisão judicial que negue a aplicação ao princípio da boa-fé.

O princípio da boa-fé encontra a sua sede em nível infraconstitucional, mas com uma peculiaridade. É que constitui ele o que se denomina de cláusula geral, o que quer dizer que encontra tal princípio aplicação em todas as relações jurídicas, com maior ou menor grau de influência (...). (A responsabilidade civil pré-contratual. Rio: Renovar, 2001. p. 64-65; os grifos não são do original.)

3 *CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, vol. I.*

Deveras, o lanço doutrinário trazido à ribalta faz nascer na alma do cultor do direito que a boa-fé é a pedra de toque da conduta humana, e tão importantes e amplos são os seus domínios que não se pode conceber qualquer virtude descartando sua preciosa presença.

A boa-fé assume maior relevância na prática jurídica a partir das transformações advindas da Revolução Industrial, que estabelecem um novo padrão frenético de realização das transações civis e comerciais. Tal frenesi obriga os contraentes a se relacionarem, cada vez mais, dentro de estreitas relações de confiança e lealdade, dada a multiplicidade de operações a serem realizadas num mundo em incessante mudança.^{4,5}

No direito tedesco, o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), em vigor a partir de 1900, consagra o novel princípio, ao dispor em seu § 242: “O devedor é obrigado a cumprir sua obrigação de boa-fé, atendendo às exigências dos usos do tráfico jurídico”.

Calha à fiveleta o esclarecimento ofertado pelo Prof. Regis Fichtner Pereira, o que nos convida a reproduzir diminuto excerto:

No Direito Alemão, como já dito, existe regra geral escrita consagrando o princípio da boa-fé no campo do direito das obrigações (§ 242 BGB). Não obstante, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a aplicação do princípio a todos os campos do direito. (Op. cit. p. 65.)

Afinada no mesmo diapasão, anote-se a visão de Karl Larenz:

A defesa da fidelidade e a manutenção da confiança formam o fundamento do tráfico jurídico e especialmente das relações jurídicas especiais. Em razão disso, o princípio (da boa-fé) não é limitado às relações

4 *Hodiernamente, com o desenfreado ritmo da vida, onde não há tempo para nada, nem para si próprio, a negociação entre as partes evoluiu para a consecução de formulários com preceitos adrede estipulados, restando ao contraente, anuir ou não aos seus termos e nada além.*

5 *Concordamos com Débora Lacs Sichel, quando diz que “o contrato se desnatura, na medida em que não existe mais a sua prévia negociação. Passa a ser um instrumento predeterminado que, em alguns países, independe da assinatura do contrato, na medida em que, ao aderir a um estabelecimento, aceita tacitamente as suas regras gerais de trabalho”. (Juris Poiesis. Revista dos cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá. Ano 2, n.º 4, 2000. p. 185.)*

jurídicas obrigacionais, mas se aplica segundo entendimento hoje pacífico, como um princípio geral do direito, aplicável sempre onde exista ou esteja preparada na relação jurídica especial. Diante desses requisitos, assim, também no Direito das Coisas, no Processo Civil e no Direito Público. (Sehrbuch Des Schuldrechts, Band I. Allgemeiner Teil. 14. Auflage. München. Verlag C.H. Beck. 1987. p. 127.)

Ao depois, é possível inventariar multifárias codificações alienígenas que estabeleceram, cada uma de seu turno, princípios verossimilhanes ao ora estudado.⁶

No Brasil, o anteprojeto do Código Civil de Augusto Teixeira de Freitas já previa, em 1864, a interpretação dos contratos segundo a boa-fé:

*Art. 1954 – Os contratos devem ser cumpridos de boa-fé, pena de art. 881. Eles obrigam não só ao que expressamente se tiver convencionado, como a tudo que, segundo a natureza do contrato, for de lei, equidade, ou costume.*⁷

6 *Codice Civile d'Italia — 1942 — art. 1175: “il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza”.*

Art. 1337 — “le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fé”.

Código Civil Português — 1966 — art. 227/1: “Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

Art. 762/2: “No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé”.

Código Civil Argentino, modificado pela Lei n.º 17.711, de 22-4-1968 — art. 1198: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fé y de acuerdo com lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando com cuidado y previsión”.

7 FREITAS, Augusto Teixeira de. eEsboço do código civil, vol. II, Brasília: Ministério da Justiça; Universidade de Brasília, 1983. p. 364.

O Código Civil de 1916 não contemplou expressamente o princípio da boa-fé, embora este possa ser desvelado em diversos dispositivos esparsos.⁸

A reforma do Código Civil, o sabido e consabido Projeto de Lei n.º 634-B, de 1975, consagra diversos preceitos ao princípio da boa-fé:

Art. 113 – Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

(...)

Art. 187 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

(...)

Art. 422 – Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

Hodiernamente, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor veio a prestigiar especificamente o princípio da boa-fé, em seus arts. 4.º, inciso III, e 51, inciso IV:⁹

8 *Cumprе aludir à completa pesquisa levada a cabo pelo Prof. Régis Fichtner Pereira: “A boa-fé (incluindo o seu contraposto, a má-fé) é referida de forma específica e pontual em diversas regras do código, a saber: arts. 109; 111; 112; 191, parágrafo único; 221; 285; 255; parágrafo único; 295; 490; 491; 492; 500; 513; 515; 517; 546; 547; 548; 549; 551; 612; 613; 616; 618; 619; 622; 935; 967; 968; 1.002; 1.073; 1.272; 1.318; 1.382; 1.404; 1.405; 1.438; 1.443; 1.444; 1.445; 1.446; 1.447 e 1.507. (Op. cit. p. 57.)*

9 *“Art. 4.º A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:*

(...)

III — Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

(...)

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV — estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.”

De todo o exposto, é possível concluir que o princípio da boa-fé tem crucial importância nos ordenamentos mais desenvolvidos, não sendo demasiado afirmar que o estágio de um determinado sistema jurídico pode ser aferido pelo grau de importância que o mesmo confere à lealdade, transparência, enfim, à conduta revestida de probidade.

II. A DICOTOMIA CLÁSSICA DA BOA-FÉ

Existem duas concepções de boa-fé no sentido jurídico. A primeira é a boa-fé subjetiva, que os alemães definem como *guter Glauben* (boa crença), e a segunda, a boa-fé referida por *Treu und Glauben* (lealdade e crença).¹⁰

A boa-fé subjetiva, ou boa-fé crença,¹¹ diz respeito a dados internos, de jaez psicológico, atinentes ao sujeito. É o estado de ignorância acerca das características da situação jurídica que se apresenta suscetível de conduzir à lesão de direitos de outrem. Na situação de boa-fé subjetiva, uma pessoa acredita ser titular de um direito, malgrado incorra na irrealidade empírica, porque só existente na aparência. A situação de aparência gera um estado de confiança subjetiva, relativa à confiabilidade da situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas que vislumbra, com ensanchas no mosaico fático, serem fidedignas.¹²

10 *Nesse sentido, registre-se a dicção de Américo Plá Rodrigues, que, no respeitante à boa-fé crença, diz: “(...) a posição de quem ignora determinados fatos e pensa, portanto, que sua conduta é perfeitamente legítima e não causa prejuízo a ninguém. É o sentido que se empresta quando se fala do possuidor de boa-fé (...) ou do cônjuge que contrai um matrimônio putativo, pois ignora o impedimento ou erro essencial (...); a segunda se refere à conduta da pessoa que considera cumprir realmente seu dever. Pressupõe uma posição de honestidade e honradez no comércio jurídico, portanto contém implícita a plena consciência de não enganar, não prejudicar, nem causar danos. Mais ainda: implica a convicção de que as transações são cumpridas normalmente, sem trapaças, sem abusos, nem desvirtuamentos”. (Princípios do direito do trabalho, São Paulo: LTR, 1978. p. 273.)*

11 *“Sempre se teve boa-fé no sentido de expressar a intenção pura, isenta de dolo ou engano, com que a pessoa realiza o negócio ou executa o ato, certa de que está agindo na conformidade do Direito, conseqüentemente, protegida pelos preceitos legais. Desta forma, quem age de boa-fé está capacitado de que o ato de que é agente, ou do qual participa, está sendo executado dentro do justo e do legal.” (SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, 27. ed., Rio de Janeiro: Forense. p. 131.)*

12 NORONHA, Fernando. Op. cit. p. 132.

Discute-se na doutrina os elementos que dão azo ao surgimento da boa-fé subjetiva: se a simples ignorância do interessado acerca da situação jurídica que caracteriza a boa-fé psicológica, ou se seria exigível um estado de ignorância desculpável no chamado entendimento ético da boa-fé.

A primeira concepção remonta ao vetusto Código de Napoleão,¹³ que apenas exige o simples desconhecimento do fato para a configuração da boa-fé. Nessa concepção volitiva, a boa-fé contrapõe-se à má-fé, ou seja, a pessoa ignora os fatos, desde que sem incorrer em erro crasso, e está de boa-fé, ou não ignora, e está de má-fé.

Na concepção idônea de boa-fé subjetiva exige-se uma ignorância que seja desculpável da situação de lesão do direito alheio. A ignorância seria indesculpável quando a pessoa houvesse desrespeitado deveres de cautela; ela estaria de má-fé mesmo quando se pudesse atribuir-lhe um desconhecimento meramente culposo.^{14, 15}

A boa-fé objetiva, ou boa-fé lealdade, é um dever — dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade, para não frustrar a confiança da outra parte.

Referido dever contém em suas entranhas indelével nota identificadora, qual seja, aquela referente ao comportamento exigível do bom cida-

13 *Code Civil Français*. Art. 550. “Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, em vertu d’un titre translatif de propriété dont il ignore les vices.”

14 NORONHA, Fernando. Op. cit. p. 134.

15 *Nos arraiais da responsabilidade civil, cumpre obter-se que o art. 1.060 contempla a teoria da causa adequada, e que, o julgador, no afã de estabelecer o vínculo lógico entre a conduta e o dano, deverá se entregar a uma abstração mental, de molde a, despiando-se da toga, projetar-se no cenário fático, portando em suas mãos a seguinte indagação: qual dos fatos ou culpas foi o adequado para que o evento danoso sobreviesse. Referida busca deve ser perfectibilizada considerando o padrão normal, mediano, de prudência, o arquétipo denominado homo medius. Assim, se no caso concreto a ignorância for indesculpável, considerando a possibilidade de percepção de um cidadão mediano, exsurge fulgurante a má-fé, que desmerece ser incensada pelo ordenamento jurídico, antes, reclama sua repulsa e reprovação.*

ção, do profissional competente, enfim, de uma pessoa diligente, comportamento plasmado na velha noção do *homo medius*.¹⁶

Visando à correta apreensão da matéria, é possível catalogar o entendimento do Prof. Régis Fichtner Pereira, assim esgrimado:

A experiência demonstra, como já referido, que não há como se exigir do homem médio um padrão de conduta absolutamente escoreito. O homem é um ser que por sua própria natureza possui defeitos. O Direito existe justamente para impedir que o homem extrapole de certos limites, pois, se assim não fosse, se instalaria o caos absoluto e a lei do mais forte ou do mais malicioso. A exigência de comportamento de boa-fé, de que se está aqui tratando é a exigência jurídica e não a ética. (Op. cit. p. 92.)

Deve-se observar também se a situação criada produziu na contraparte um estado de confiança no negócio celebrado, quando então se deverá tutelar essa expectativa. Desde que a contraparte tenha legitimamente confiado na estabilidade e segurança do negócio jurídico que celebrava, impõe-se a tutela dessa confiança pelo princípio da boa-fé objetiva.¹⁷

III. O LIAME CONTRATUAL E O PARADIGMA DA BOA-FÉ: SUA EXTENSÃO E ALCANCE

A boa-fé contratual está abrangida em tudo e por tudo pela boa-fé objetiva. Ela traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não lesar a confiança da outra. Como bem preleciona a doutrina, impõe-se

¹⁶ *Instigante questionamento a respeito, vislumbra-se na oportuna inteligência do Prof. Régis Fichtner, que nos faz pensar... “A questão em discussão no estudo da responsabilidade civil pré-contratual está exatamente em se saber até que ponto as partes que negociam tem o dever de prestar informações à parte contrária. Existindo o dever de informar, até que ponto se admite que a parte possa faltar com a verdade? Existe um dever absoluto de dizer a verdade? Existe o direito de mentir? Voltando ao exemplo da pessoa que vende o seu automóvel, caberia aqui perguntar se atenta contra o dever de informar o vendedor que deixa de dar ciência à parte contrária do fato de o carro Ter-se envolvido em um acidente; se vai de encontro ao dever de dizer a verdade a omissão da preferência a algum defeito recorrente diante da pergunta sobre o estado do motor do automóvel; se é considerada mentira juridicamente apreciável o fato de o vendedor atribuir ao automóvel qualidades que ele não tem, ou exagerar nas qualidades que possui.” (Op. cit. p. 91-92.)*

¹⁷ NORONHA, Fernando. Op. cit. p. 137-138.

em primeiro lugar ao devedor e ao credor mas espraia corolários a outros participantes da relação jurídica:

Tal dever em primeiro lugar dirige-se ao devedor, com o mandado de cumprir a sua obrigação, atendo-se não só à letra, mas também ao espírito da relação obrigacional correspondente e na forma que o credor possa razoavelmente esperar dele. Em segundo lugar dirige-se ao credor, com o mandado de exercer o direito que lhe corresponde, atuando segundo a confiança depositada pela outra parte e a consideração altruísta que essa outra parte possa pretender segundo a classe de vinculação especial existente. Em terceiro lugar dirige-se a todos os participantes da relação jurídica em questão, com o mandado de se conduzirem conforme responder em geral ao sentido e à finalidade desta especial vinculação e a uma consciência honrada.¹⁸

A tutela da confiança que fundamenta a boa-fé está ligada àquele espectro da realidade que não comporta exaurimento na *verga legis*, que não pode a tudo prever e regular, ferindo de morte, uma vez por todas, a falácia do pensamento positivista, com sua prepotente intenção de esgotar a realidade social. Referida adequação está em fina sintonia com a realidade, e a norma legislada é realizada pelos princípios gerais de direito e, particularmente, pela boa-fé.

A boa-fé contratual pode ser entendida, portanto, como um dever de agir objetivamente de boa-fé, com o perdão pelo truísmo. Essa boa-fé preconiza constituir no campo contratual um processo que deve ser seguido nas várias fases das relações entre as partes. Assim, na fase pré-contratual, das negociações preliminares à declaração de oferta, os contraentes devem agir com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações, etc.

18 LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones, *Madrid: Revista de Derecho Privado*, 1958. p. 148.

O Prof. Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes, sob o influxo das idéias de Karl Larenz, ajuda-nos a compreender o instituto ao grafar:

*O princípio da boa-fé significa que todos devem guardar **fidelidade** à palavra dada e não frustrar ou abusar daquela confiança que constitui a base imprescindível das **relações humanas, sendo, pois, mister que procedam tal como deve esperar-se que o faça qualquer pessoa que participe honesta e corretamente ao tráfico jurídico, no quadro de uma vinculação jurídica especial.** (Curso de direito civil. *Contratos, 1. ed., Renovar, 2000. p. 49. Grifos nossos.*)*

Na fase contratual, a conduta leal implica¹⁹ vários deveres acessórios à obrigação principal, e, na fase pós-contratual, exsurtem deveres posteriores ao término do contrato — deveres *post pactum finitum* —, como o de guarda de documentos ou fornecimento de material de reposição ou informações a terceiros sobre os negócios realizados.

A boa-fé contratual, definida, assim, como um *iter* dogmático, desdobra-se em diferentes acepções: a função integrativa da boa-fé, a função de controle da boa-fé e a resolução dos contratos com fundamento na boa-fé, como veremos a seguir.

IV. A HERMENÊUTICA CONTRATUAL SOB O PRISMA DA BOA-FÉ

A idéia de que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé significa que os contratos e os negócios jurídicos unilaterais devem ser compreendidos de conformidade com o seu senbem como a

¹⁹ Uma vez mais, cumpre trazer à colação o ministério oportuno do Prof. Régis Fichtner Pereira, que, por sua precisão, dispensa qualquer comentário adicional:

“A indeterminação de seu conceito possui certo grau de subjetividade de abstração, o que demanda a fixação do seu conteúdo específico no julgamento do caso concreto, a partir de diretrizes traçadas pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência.

Não há, portanto, um conteúdo único para o princípio da boa-fé, nem tão pouco é possível lhe atribuir um significado específico, válido para todas as espécies de relações jurídicas. O conceito de boa-fé varia de acordo com a natureza da relação jurídica existente entre as partes”. (Op. cit. p. 71.)

assegurar o valor real da aparência, sendo tais elementos essenciais ao intercâmbio de bens e serviços e à segurança das transações.

Outra acepção do mister interpretativo da boa-fé é o que diz respeito à significação a atribuir ao contrato quando contenha cláusulas dúbias, isto é, cláusulas cujo próprio sentido objetivo seja obscuro.

Deveras, o exegeta, quando em presença de cláusulas ambíguas, deve dar a primazia ao significado que a boa-fé aponte como o mais razoável, lançando mão dos paradigmas já consagrados pela jurisprudência pátria, a saber:

- 1) prestigiando a aplicação do princípio da conservação do contrato, pelo qual se deve escolher sempre, entre os diversos sentidos possíveis, o que assegure sua manutenção;
- 2) pela reverência ao princípio do menor sacrifício, ou seja, pela idéia de que o contrato deve ser interpretado no sentido mais favorável à parte que assume obrigações;
- 3) pela aplicação do princípio da interpretação contra o predisponente, pelo qual se deve interpretar o contrato sempre no sentido menos favorável a quem redigiu, disposição esta particularmente relevante no que se refere aos contratos padronizados e de adesão;²⁰
- 4) na dúvida sobre a gratuidade ou onerosidade do contrato, presumir-se-á esta e não aquela;
- 5) no contrato seguido de outro, que o modifica parcialmente, a interpretação deverá considerar ambos como um todo orgânico;
- 6) interpreta-se o contrato de acordo com a conduta dos contratantes, ou seja, pelo modo como vinha sendo executado de comum acordo;
- 7) sobrevindo dúvida entre cláusula datilografada ou impressa, prevalecerá a primeira;
- 8) nos contratos que contiverem expressões que de modo algum possam ter qualquer sentido, estas deverão ser rejeitadas como se nunca tivessem sido escritas;

20 NORONHA, Fernando. Op. cit. p. 155-156.

9) deve-se interpretar a cláusula do contrato atentando para os usos e costumes do local de sua celebração;

10) nos contratos plurilaterais, devem-se interpretar a cláusula ambígua contra o estipulante, que poderia, mas não foi claro em sua redação.

V. DEVERES CONTRATUAIS INDIRETOS. DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ.

Por função integrativa da boa-fé entende-se a idéia de que os deveres das partes não são, para cada uma, apenas o de realizar a prestação estipulada no contrato ou no negócio jurídico unilateral, mas que impõe também outros deveres corolários, oriundos da convenção, a partir da análise da obrigação de uma perspectiva que quase pode-se denominar sistemática.²¹

O princípio da boa-fé regula não apenas o pacto contratual adrede invocado mas ainda o reconhecimento desses deveres secundários (não diretamente pactuados) derivados mediatamente do princípio, independentemente da vontade manifestada pelas partes, a serem observados durante a fase de formação e de cumprimento da obrigação. São deveres que excedem o dever de prestação. Assim, são os de esclarecimento (informações sobre o uso do bem alienado, capacitações e limites), de proteção (evitar situações de perigo), de conservação (coisa recebida para experiência), de lealdade (não exigir o cumprimento de contrato com insuportável perda de equivalência entre as prestações), de cooperação (prática dos atos necessários à realização dos fins ple-nos visados pela outra parte), dentre outros.

Deste modo, nos contratos onde se caracterizar a superioridade intelectual, econômica ou profissional de uma parte, e principalmente nos contratos de adesão, com suas condições gerais de negócios, deve-se invocar tal idéia de boa-fé para a eventual suspensão da eficácia do primado da autonomia da vontade, a fim de rejeitar-se cláusula viola-

21 *DINIZ, Maria Helena*. Curso de direito civil brasileiro, 3. vol., 14. ed., São Paulo: Saraiva, 1999. p. 66-68.

dora ou imposta sem o devido esclarecimento de seus efeitos, principalmente no tocante à isenção de responsabilidade do estipulante ou limitação de vantagens do aderente.²²

Esses deveres laterais de conduta, como acima considerados, podem ser definidos como deveres que, não interessando à obrigação principal, são todavia essenciais ao correto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra. São usualmente divididos em deveres de correção e lealdade de informação, de proteção e cuidado e de sigilo.

VI. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ COMO ESPINHA DORSAL DA CONDUTA DAS PARTES CONTRATANTES

A função de controle da boa-fé é limitativa: ela estabelece que o credor, no exercício do seu direito, não pode exceder os limites impostos pela citada cláusula, sob pena de proceder antijuridicamente.

O exemplo mais significativo é da possibilidade do exercício de resolver o contrato por inadimplemento, ou de suscitar a exceção do contrato não cumprido, quando o cumprimento é insignificante em relação ao pacto em voga.

Essa idéia do abuso de direito desdobrou-se, doutrinariamente, em duas concepções: a primeira, subjetiva, define que só há abuso de direito quando a pessoa age com a intenção de prejudicar outrem. A segunda, objetiva, estabelece que para que o ato seja abusivo basta que ele tenha o propósito de realizar objetivos diversos daqueles para os quais o direito subjetivo em questão foi preordenado, contrariando o fim do instituto, seu espírito ou finalidade.

Quatro são as modalidades principais que assume o abuso de direito dentro de uma perspectiva objetivista da boa-fé: as situações *de venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*.

A teoria dos atos próprios, ou a proibição de *venire contra factum proprium*, protege a parte contra aquela que pretenda exercer um *status*

22 AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por inadimplemento do devedor, Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 246

jurídico em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte. O credor que concordou, durante a execução do contrato de prestações periódicas, com o pagamento em tempo e lugar diverso do convencionado, não pode surpreender o devedor com a exigência literal do contrato. Para o reconhecimento da proibição, é preciso que haja univocidade de comportamento do credor e real consciência do devedor quanto à conduta esperada.²³

Nesse prisma, exsurge fulgurante a proibição da cláusula *venire contra factum proprium*, ou, como denomina a doutrina especializada, teoria dos atos próprios, assim enunciada:

A teoria dos atos próprios parte do princípio de que, se uma das partes agiu de determinada forma durante qualquer das fases do contrato, não é admissível que em momento posterior aja em total contradição com a sua própria conduta anterior. Sob o aspecto negativo, trata-se de proibir atitudes contraditórias da parte integrante de determinada relação jurídica. Sob o aspecto positivo, trata-se de exigência de atuação com coerência, uma vertente do imperativo de observar a palavra dada, contida na cláusula geral da boa-fé. (In: PEREIRA, Régis Fichtner. Op. cit. p. 84.)

Na *supressio*, um direito não exercido durante um determinado lapso de tempo não poderá mais sê-lo, por contrariar a boa-fé. O contrato de prestação duradoura, que tenha passado sem cumprimento durante longo tempo, por falta de iniciativa do credor, não pode ser exigido se o devedor teve motivo para pensar extinta a obrigação e

23 Interessante aplicação da cláusula *venire contra factum proprium* encontramos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, versando sobre o instituto da *accessio temporis*, nas hipóteses de acolhimento da denominada ação renovatória, como se deduzisse do seguinte aresto: “É pacífico o entendimento desta corte no sentido de que se breve interregno entre os contratos escritos; é permitida a “*accessio temporis*” para viabilizar o perfazimento do prazo mínimo letal; exigido na lei de luvas para a renovação da locação”. (STJ — 4.ª Turma, resp. N.º 14.540 — SP. Rel. Ministro Cesar Rocha, J. 20.2.97, DJU 14.4.97, 1.12.747.)

programou sua vida nessa perspectiva. Enquanto a prescrição encobre a pretensão pela só fluência do tempo, a *supressio* exige, para ser reconhecida, a demonstração de que o comportamento da parte era inadmissível segundo o princípio da boa-fé.

A *surrectio* consiste no nascimento de um direito conseqüente à pratica continuada de certos atos. A duradoura distribuição de lucros de sociedade comercial, em desacordo com os estatutos, pode gerar o direito de recebê-los do mesmo modo, para o futuro.

Por fim, aquele que descumpriu norma legal ou contratual, atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio já descumprira (*tu quoque*). O condômino que viola a regra do condomínio e deposita móveis em área comum, ou a destina para uso próprio, não pode exigir do outro comportamento obediente ao preceito. Quem já está em mora, ao tempo em que sobrevêm circunstâncias modificadoras da base do negócio, não pode pretender a revisão ou a resolução judicial.²⁴

VII. A BOA-FÉ COMO MÓVEL PARA O PERECIMENTO DO ENCARGO OBRIGACIONAL

A doutrina alienígena aduz que existem certas situações onde a prevalência do princípio da boa-fé chega a justificar a extinção de obrigações e a resolução de contratos: é a denominada frustração do fim contratual objetivo. A boa-fé exige que se dê o contrato por sem efeito quando a finalidade que as partes tinham em vista, e nele pressuposta, se torna definitivamente irrealizável, não obstante as prestações a que ambas se obrigaram, em si mesmas, continuarem objetivamente possíveis.²⁵

É de bom tom referir o paradigma que o art. 1198 do Código Civil da Argentina consagrou, na redação dada pela Lei n.º 17.711, de 1968: a possibilidade de resolução do contrato, fundada na boa-fé, se uma das prestações se torna excessivamente onerosa para uma das partes.²⁶

24 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Op. cit. p. 249-250.

25 LARENZ, Karl. Op. cit. vol. 1, p. 318.

26 “Art. 1198. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo com lo que verosísimamente las partes entendieron o puderion entender, obrando com cuidado y prevision. Em los contratos bilaterales commutativos y em unilaterales onerosos y commutativos de ejecucion diferida o continuada, si la prestacion a cargo de

O dever de agir de acordo com a boa-fé justifica a extinção da relação obrigacional com base na impossibilidade econômica da relação. Surgem obstáculos tais à realização da prestação devida que esta, sem chegar a se tornar irrealizável, fica extremamente difícil ou onerosa para o devedor. Diz-se então que, segundo a boa-fé objetiva, o devedor não está obrigado a gastos ou esforços que vão além do limite do sacrifício que seria dele exigível.

Conquanto o fundamento doutrinário para que referido fenômeno ocorra, parece ainda distante de ser inconsútil;²⁷ permitimo-nos perfilhar o entendimento de que presente está a figura do abuso de direito.

Nesse flanco, haveria inequívoco abuso de direito quando o credor, diante da real e concreta possibilidade de levar o devedor à ruína, buscase auferir o cumprimento da obrigação avençada, atraindo para si vantagem desproporcional, com proveito excessivo, daí o abuso de direito perpetrado.

Com plinto na boa-fé e na equidade, o princípio da força obrigatória dos contratos irá ceder, permitindo o reequilíbrio da avença pactuada, ou, quiçá, sua extinção, em sendo o caso de se tornar absolutamente impossível o atendimento da prestação dado fato superveniente que tenha propiciado a ruptura do anteriormente firmado entre os contratantes.

uma de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprivisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. Em los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los erectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado com culpa o estuviese em mora. La otra parte podrá impedir la resolución mejorar equitativamente los efectos del contrato.” — *Código Civil Argentino Modificado pela Lei 17.711, de 22-4-1968.*

27 *Para uma facção da doutrina, a revisão contratual (cláusula rebus sic stantibus) teria como lastro o desaparecimento da vontade contratual, que, em seus primórdios, levou as partes a pactuarem; outros, de seu turno, indicam a falta parcial/total de causa do contrato, salientando, primordialmente, seu aspecto funcional. (Conforme Orlando Gomes, **Contratos**, 21.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 39-40.) Para maior aprofundamento, vale visitar os escritos de Aroldo Medeiros da Fonseca: *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, n. 153, in: Transformações gerais do direito das obrigações.*

VIII. CONCLUSÃO

À guisa de desfecho, é crível asseverar que no atual estágio em que o direito se encontra, a boa-fé deixou de ser um mero paradigma interpretativo de cláusulas do contrato para desfrutar do justo *status* de vetor que orienta a postura dos negociadores desde o embrião da avença, atravessando a fase de sua celebração e, ainda, presente na execução do objeto contratado.

Desde os primórdios das tratativas, observa-se o primado da boa-fé objetiva, ao impor às partes agir com lealdade, dando origem, assim, a deveres corolários (informação, sigilo, etc.)

De igual tom, temos que a boa-fé objetiva tem escopo como parâmetro de exegese contratual, sua integração espraia efeitos no cumprimento das prestações avençadas, determinando sua revisão, extinção ou surgimento.

Do vocábulo boa-fé emerge o sentido de fidelidade, ou seja, confiança, enfim, fé, virtude nobre, que nos tempos modernos se encontra cada vez mais ausente do relacionamento humano, e que o autor das presentes linhas ainda deposita na humanidade, acalentando o sonho de sua transformação.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por inadimplemento do devedor*, Rio de Janeiro: AIDE, 1991.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, 1. ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.

CARMO, Jairo Vasconcelos do. *Apontamentos de classe*. Aulas Ministradas para o Curso de Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil da Universidade Estácio de Sá.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, vol. I.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do código civil*, vol. II, Brasília: Ministério da Justiça. Universidade de Brasília, 1983.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 14. ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.
- FREITAS GOMES, Luis Roldão de. *Curso de direito civil. Contratos*, 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GOMES, Orlando. *Contratos*, 21. ed., Forense, 2000.
- GUERREIRO, Marcelo da Fonseca. *Legislação de seguros anotada e explicada*, 1. ed., Idéia Jurídica, 2000.
- Juris Poiesis*. Revista dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá, Ano 2, n.º 4, 2000.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 2. ed., Calouste Gulbekian, 1989.
- _____. *Derecho de obligaciones*, Madri: Revista de Direito Privado, 1958.
- NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: a autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*, 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.
- PEREIRA, Régis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*, São Paulo: LTR, 1978.

Correta formação do instrumento do Agravo de Decisão Denegatória de recursos de 3ª geração — uma missão quase impossível

EDUARDO DE OLIVEIRA GOUVÊA*

TATIANA SENA SCHETTINO**

INTRÓITO. I. O NOVO PANORAMA INSTAURADO PELA CRIAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. II. NOVAMENTE A CRISE. III. RECURSO: O VILÃO. IV. A MISSÃO IMPOSSÍVEL: INSTRUMENTO DO RECURSO DE AGRAVO MANEJADO EM FACE DE DECISÃO DENEGATÓRIA DE PROSSEGUIMENTO DOS RECURSOS EXTREMOS. V. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

INTRÓITO

Para aqueles que militam diuturnamente no mister de exercer a nobre função de advogado, é bastante conhecida a cena que será retratada de forma singela, bem como a apreensão (ou será preocupação?) que a mesma desperta.

No cair da tarde, ao receber as publicações atinentes aos processos que se encontram sob seus cuidados, constata — o hipotético causídico — que um recurso seu de 3.ª geração (recurso especial ou extraordinário) teve sua admissibilidade indeferida, abrindo-se-lhe a

* *Advogado, Professor do Curso de Pós-Graduação da UNESA, Professor do Curso de Graduação da UVA, Mestre em Direito, Especialista em Direito Administrativo e Direito Processual Civil, Procurador do Município do Rio de Janeiro, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual — IBDP.*

** *Advogada.*

perspectiva de ofertar o competente recurso de Agravo de Instrumento de Decisão Denegatória, tendo em vista que tal *decisum*, como de comezinha inteligência, é de matiz interlocutório.

A preocupação encimada, além daquelas inerentes ao dia-a-dia do profissional do Direito, é sobremaneira potencializada face às multifárias exigências¹ das Cortes Superiores para a correta feitura do Instrumento, fazendo com que qualquer desatenção, por mais diminuta que seja, possa oportunizar o seu não-conhecimento.

As presentes linhas têm por escopo minudenciar, passo a passo, as cautelas a serem assumidas, com o fito de que não se tenha sacrificada a inteireza e proteção do ordenamento jurídico constitucional e legal, no altar de um formalismo estéril² e, por vezes, quem sabe, até mesmo, sem fomento jurídico, transmudando a natureza instrumental do processo — meio da jurisdição — e erigindo-o, assim, como um fim em si mesmo.

I. O NOVO PANORAMA INSTAURADO PELA CRIAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante da chamada “crise do Supremo Tribunal Federal”, o constituinte de 1988 mostrou-se sensível à pletora de demandas que se encontravam por soterrar o referido areópago, criando o Superior Tribunal de Justiça, como solução para o endêmico problema de seu assoberbamento, desti-

1 *Pertinente a observação formulada por Pedro Gordilho, veiculando ponto de vista a respeito da admissibilidade do recurso extraordinário, que afina no mesmo diapasão do instrumento do agravo de decisão denegatória: “Isto porque o recurso extraordinário se insere numa das grades mais complexas do quadro recursal brasileiro. Um verdadeiro champ de mines onde cada passo merece redobrada atenção, em face das muitas armadilhas que se foram criando para frustrar ao jurisdicionado o acesso ao tribunal superior, seja o Superior Tribunal de Justiça, seja ao Supremo Tribunal Federal”, in: Revista de direito administrativo, jul-set/2001, 225: p. 75-86.*

2 *“A história do processo retrata a própria história do homem em sua luta pela democratização da relação do poder e com o poder. (...). O processo reflete uma forma de convivência estatal, civilizada segundo parâmetros previamente determinados pelo Direito posto à observância de todos. A civilização é formal. As formas desempenham um papel essencial na convivência civilizada dos homens, elas delimitam espaços de ação e modos inteligíveis de comportamento para que a surpresa permanente não seja um elemento de tensão constante do homem em seu contato com o outro e em sua busca de equilíbrio na vivência com o outro e, inclusive, consigo mesmo.” — ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. In: Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro, RTDP, 17/5-7, 1997.*

nando-lhe, grosso modo, a tutela da higidez do direito infraconstitucional (*norma agendi*), bem como a unicidade da exegese que a mesma viesse a receber dos tribunais de segunda instância espalhados por todos os rincões do “continente brasileiro”.

Àquela altura, os melhores augúrios levaram a comunidade jurídica a fidedigna postura otimista, como se pode perceber pelas palavras vertidas pelo primeiro presidente do novel Tribunal Superior, Ministro Evandro Gueiros Leite, ao externar seu entendimento sobre o recurso especial e a perspectiva epistemológica a ser adotada no que tange ao juízo de sua admissibilidade:

Esse recurso é a peça de resistência do Superior Tribunal de Justiça, que deve projetá-lo no cenário jurídico do país, principalmente na esfera do direito privado. Para tanto, sendo o recurso constitucionalizado, impõe-se a sua independência da legislação processual ordinária, que deve apenas regular-lhe o procedimento, nos termos da lei e dos limites da nova Carta. Isto quer dizer que nem a lei, nem os regimentos dos tribunais, e muito menos as reminiscências pretorianas limitadoras da admissibilidade do antigo recurso extraordinário, devem servir-lhe de empeco e forçar a retração suicida da competência recursal do Superior Tribunal de Justiça.³ (Grifos não constantes do original.)

O ilustre Ministro prossegue em seu discurso, evocando as palavras do colega Carlos Mário Velloso, à época, integrante daquele Tribunal, e hoje, como de sabença, integrando a mais alta Corte da federação:

Nos tribunais de origem é comum valerem-se os presidentes da Súmula 282, que também estamos mantendo sob vigilância. O mesmo ocorre com a súmula 356. O prequestionamento, comenta Carlos Mário Velloso, não terá vez sob a Constituição de 1988, porque ali se quis alargar o raio de ação do recurso especial, tanto mais quanto o prequestionamento põe-se de forma implícita quando a decisão contraria ou nega vigência à lei federal.⁴ (Grifos nossos.)

3 Recursos no superior tribunal de justiça, coordenador Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1991. p. X.

4 Idem, ibidem, p. IX. Observação: A expectativa de que a exigência do prequestionamento seria ultrapassada não se confirmou, pois da experiência judicante da novel Corte Superior veio a lume o verbete 211 de sua Súmula, vazado nos seguintes termos: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo”.

Com os ventos da nova Constituição, era uníssonos o coro que bradava pela ruptura com o formalismo excessivo e os óbices regimentais embalados pelo novo ordenamento que se erigia, até mesmo, em requisito do prequestionamento, o qual fora palco de dardos certos daqueles que o admitiam; asseveravam, contudo, que não deveriam haver “exageros”.⁵

II. NOVAMENTE A CRISE

Quatorze anos depois, a propalada crise do Supremo Tribunal Federal, de outrora, permanece no cenário jurídico nacional, bem como espalha efeitos, atingindo o Superior Tribunal de Justiça, órgão que sintetizava a esperança de renovação, transformando-se, agora, numa epidemia de difícil controle.

Os tribunais abarrotados já não conseguem processar e julgar o número sempre crescente de causas, o Poder Judiciário está no palco da mídia, pois, não corresponde aos anseios do País.

A pauta de discussões a respeito de alternativas se encontra ventilada em Projeto de Emenda Constitucional em tramitação no Congresso, atualmente em fase final, contemplando, em seu bojo, institutos como a súmula vinculante,⁶ além da rediviva arguição de relevância,⁷ como soluções messiânicas da encruzilhada histórica adrede citada.

5 *Idem*, *ibidem*, p. 38.

6 *É de nosso sentir que o debate a respeito da vinculação aos precedentes pretorianos não pode prescindir da reflexão quanto à composição do Supremo Tribunal Federal, que, no perfil atual, carece de legitimidade popular, já que seus integrantes são indicados pelo Presidente da República sem que seja feita uma criteriosa sabatina senatorial. Defendemos que a composição da Corte Suprema deva ser ultimada por indicação dos três Poderes da República e que os ministros tenham mandato para exercer a judicatura constitucional, no molde dos tribunais constitucionais europeus.*

7 *O Projeto de Emenda Constitucional n.º 29, de 2000, propugna como antídoto para a crise dos tribunais superiores um expediente que tem o color dos tempos de baixa densidade democrática (ou porque não dizer: nenhuma) da ditadura militar, ou seja, a arguição de relevância que assim se encontra timbrada: “No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. (§ 4.º, III, art. 102 da CR/88.)*

A entrega da prestação jurisdicional vira estatística; o nobre e altivo ofício do magistrado, de dirimir a controvérsia, aplicando a norma ao caso concreto, é convolado em números.

Por este ângulo, apresenta-se o discurso do já multicitado Ministro Carlos Velloso, quando na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal:

Em exposição no Senado Federal, o então Presidente Sepúlveda Pertence informou que, em 1995, o Supremo Tribunal recebeu 30.706 feitos e emitiu 35.214 decisões. No mesmo ano, o Tribunal Constitucional alemão recebeu de 5.000 a 7.000 queixas constitucionais. Somente 2% foram admitidas. Também no ano de 1995, a Suprema Corte Americana recebeu cerca de 4.000 propostas de recursos, admitiu 300 e julgou 180.

E em 1996, o Supremo Tribunal recebeu 30.706 processos e julgou 29.000. Mais de 80 % desses recursos são repetidos.

Vejam os crescimento do número de processos no Supremo Tribunal, a partir de 1940.

Em 1940, quando o STF compreendia, na sua estrutura, a jurisdição hoje confiada aos Tribunais Regionais Federais (2.ª instância da Justiça Federal) e o Superior Tribunal de Justiça, foram 2.419 os processos recebidos, informou o Ministro Sepúlveda Pertence ao Senado. Em 1950, já criados o Tribunal Federal de Recursos, foram recebidos 3.091 processos. Em 1960, 6.504 processos recebidos. Em 1970, 6.367 processos recebidos. Em 1980, o número cresceu para 9555. Em 1989, a informação é fornecida pela Presidência do STF, foram recebidos 9.632 processos e julgados 6.637; em 1990, 18.549 recebidos e 16.598 julgados; em 1991, 18.407 recebidos e julgados 14.662; em 1992, 24.537 recebidos e 18.536 julgados; em 1993, 24.160 recebidos e 22.046 julgados; em 1994, 26.662 recebidos e 28.752 julgados; em 1997, até outubro, 29.270 recebidos e 33.857 julgados.⁸

⁸ In verbis, revista publicada pelo Instituto dos Magistrados do Brasil, n.º 11, junho/2000.

No mesmo passo, paralelamente a essa massa de “algarismos-decisões”, aumentam as exigências a serem cumpridas, retornando, tal qual *phoenix*, os óbices sumulares e o rigor dos tribunais superiores, que crescem. Volta-se ao formalismo, antes tão rechaçado.

Os pretórios parecem, a cada dia, mais fascinados pela idéia de lidar com o excessivo contingente de demandas, aumentando a produtividade e o número de casos “julgados”, bastando, para isso, verificar que falta uma folha, ou um singelo carimbo¹⁰ no bojo do recurso: fim de caso!

Tal tarefa, como se constata empiricamente, sempre é entregue à serventia do cartório, ou à secretaria do Ministro, destacando-se, pois, a figura do “assessor”, que será aquele apto a, num culto religiosamente prestado ao formalismo, investigar tais aspectos.

Esse apego às formas é objeto de análise do Prof. Antonio Campos Ribeiro:

Parece-nos bastante clara a origem do fetichismo formalista que, de forma gritante, predomina nas codificações pátrias, entre os juristas e nos pretórios, no tocante aos procedimentos, na prática dos atos processuais, quer das autoridades judiciárias, quer imposta às partes. O autoritarismo, o apego — praticamente irracional e inútil — às formalidades, quase sempre despiciendas, parece-nos inteligível diante desta situação da organização judiciária da ordo judiciorum publicorum, de origem como assinalado, dos procedimentos administrativos imperiais, funcionais e despóticos, chegando até nós por via das ordenações, estas por sua vez, filhas diletas de tais procedimentos, com aquelas características.¹¹ (Grifamos.)

¹⁰ Como prova inelével da teia burocrática forjada pelas Cortes Superiores, impende cogitar dos seguintes arestos: “O carimbo que atesta a data da interposição do recurso extraordinário deve estar legível, de modo a possibilitar a aferição de sua tempestividade”. (STF – 2.ª Turma, AI 231.538-6 AgRg, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 1.6.99, negou-se provimento, DJU 6.8.99, p. 16.) No mesmo sentido: “Se o carimbo de protocolo de recebimento do recurso especial não permite a aferição da tempestividade, na sua interposição, caberia à parte obter certidão sanando o vício ainda na instância a quo, antes da subida do recurso, não o fazendo, então, torna-se impossível o conhecimento do agravo de instrumento”. (STJ, 2.ª Turma, AI, 150.280-PB-AgRg, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 17.12.98, negou-se provimento, DJU, 22.3.99, p. 165.) À guisa de comentário, não temos conhecimento de nenhuma lei federal que traga a definição quanto aos requisitos para que um carimbo exarado pela serventia cartorária esteja legível...

¹¹ Juris Poiesis, revista jurídica da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro: 2000. p. 129.

No sabor das considerações ofertadas pelo conspícuo cientista jurídico, parece que muito pouco, ou quase nada, foi objeto de mudança na mentalidade daqueles que interpretavam a lei processual desde a época do vetusto processo civil romano até os contemporâneos operadores do Direito, calhando à fiveleta, citar mais um lanço de seu entendimento:

Conforme o texto de GAIO (IV, 30), todas as ações de lei tornaram-se, pouco a pouco, odiosas, em razão das formalidades excessivas exigidas pelos jurisconsultos, que então formavam o Direito. Colocavam-se as coisas de tal modo que o erro, por menor que fosse, fazia com que se perdesse o processo.¹² (Grifo não constante do original.)

Neste clima, descerra-se a cortina e elege-se um vilão, o responsável direto por toda a morosidade da justiça, instrumento que, para muitos, mereceria ser restringido ao máximo em seu âmbito de incidência...

III. RECURSO: O VILÃO

Em *iter*, inúmeras inovações legisferantes vêm sendo implementadas ao longo desse último quartel de século, tendo em mira o grande inimigo e maior responsável pelo impasse em que o Poder Judiciário se encontra, sendo que tal furor não passou ao largo da arguta pena do Prof. José Carlos Barbosa Moreira,¹³ o qual, a propósito, registrou seu testemunho; não resistimos, aqui, à lícita tentação de transcrevê-lo:

A disciplina dos recursos vem sendo um dos terrenos de eleição das reformas do nosso processo civil, empreendidas ao longo da última década. No código, o texto original do Título X do Livro I, dedicado à matéria, continha 70 artigos (de 496 a 565). A esses cumpria acrescentar mais dois (464 e 465), extraviados no Título VII, mas na realidade atinentes a uma

12 RIBEIRO, Antonio Campos. In: *Juris Poiesis, revista jurídica da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro: 2000. p. 126.*

13 *Enquanto estávamos ultimando as singelas linhas da reflexão em causa, foi sancionada a Lei n.º 10.352, de 26 de dezembro de 2001, ainda em vacatio legis, trazendo um verdadeiro redesenho do sistema recursal pátrio, alterando substancialmente os seguintes artigos do CPC: 475, 498, 513, 520, 523, 526, 527, 530, 531, 533, 534, 542, 544, 547, 550, quantitativo esse que deve ser adicionado ao total aludido pelo Prof. Barbosa Moreira.*

figura — a dos embargos de declaração — tratada pela lei como recurso, independentemente de controvérsias doutrinárias pretéritas e presentes, sobre a perspectiva de “natureza”. Pois bem: dos **72 artigos, se nossas contas estão corretas, só 30 (menos da metade, portanto)** — os números 499, 501, 502, 503, 504, 505, 509, 510, 512, 513, 515, 517, 521, 530, 534, 547, 548, 549, 552, 553, 554, 555, 556, 559, 560, 561, 562, 564, 565 — conservam o teor original; todos os restantes foram atingidos, em tal ou qual medida, e alguns mais de uma vez, pelas sucessivas modificações que o texto codificado sofreu, a partir da lei 8038 de 28.05.1990.¹⁴

Não se quer, na presente meditação, defender a insustentável perspectiva de que os recursos não comportariam aprimoramento no perfil normativo que cada um desfruta no digesto ritual, pois, eles, tal qual o homem que os fez, reclamam aperfeiçoamento, o que sempre será possível e desejável.

Todavia, de nada adiantam as múltiplas alterações que têm sido implementadas, com espantosa velocidade, sem que sobrevenha mudança no vetor hermenêutico que se deve emprestar aos novos articulados legais. A práxis intelectual dos Tribunais Superiores, até o presente momento, tem caminhado em sua contramão; como retrato vívido, temos o agravo de instrumento de decisão denegatória de recursos excepcionais, no que concerne a formação de seus instrumentos, hipótese que passaremos a demonstrar nas breves linhas adiante esgrimidas.

IV. A MISSÃO IMPOSSÍVEL: INSTRUMENTO DO RECURSO DE AGRAVO MANEJADO EM FACE DE DECISÃO DENEGATÓRIA DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXTREMOS

O manejo do recurso de Agravo de Decisão Denegatória e a regular formação do seu instrumento têm sido causadores de tormentosas dores de cabeça àqueles que, de forma corajosa, intentem satisfazer a pletora de exigências necessárias à sua correta confecção.

¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9756/98”. In: Revista dos Tribunais. p. 320. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Algumas inovações da Lei 9756/98 em matéria de recursos civis.

Os areópagos supremos vêm criando por meio de verbetes em súmulas, resoluções ou da jurisprudência, ainda não sumulada, incontáveis requisitos que, se faltantes, levam o recurso ao malogro do não-conhecimento.

O já multicitado mestre Barbosa Moreira chega a consignar em nota de rodapé no Livro de Comentários ao Código de Processo Civil, que, no julgamento do AG. Reg. A I. 80.580, *in* D.J. de 16-9-1996, p. 33.679, chegou-se ao extremo de afirmar que “o elenco de peças consignado na lei processual é meramente exemplificativo”.¹⁵

Em prelúdio, os documentos que se passará a minudenciar devem ser tidos como obrigatórios para ambos os recursos, independentemente da casa à qual venham a ser interpostos.

Documentos elencados no art. 544, § 1.º, a saber:

- o Cópia do acórdão recorrido;
- o Cópia da petição de interposição do Recurso denegado (Recurso Especial ou Recurso Extraordinário);
- o Cópia da peça de contra-razões;
- o Cópia da decisão agravada (decisão do 3.º Vice-Presidente do TJRJ);
- o Cópia da intimação da decisão agravada;
- o Cópia das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.

Verificados os que encontram berço legal, por assim dizer, parte-se para aqueles que têm gênese em construções pretorianas, quais sejam:¹⁶

15 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao código de processo civil, nota 72. p. 593.

16 Tal requisito foi contemplado pela Lei n.º 10.352, de 26 de dezembro de 2001, na nova redação que deu ao § 1.º do art. 544, valendo frisar que a referida alteração se encontra no lapso temporal de *vacatio legis*.

1. RESOLUÇÃO 140, DE 1-2-1996, DO STF:

Art. 1.º, Parágrafo único: “(...) a petição do agravo será instruída com cópia das peças necessárias a **verificação da tempestividade do recurso extraordinário**”.¹⁷

2. VERBETE N.º 288 DO REPOSITÓRIO DE SÚMULAS DO STF:¹⁸

“Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário, ou **qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia.**”

Quais sejam:

- o **substabelecimento ao advogado do agravante (RTJ 147/329)**;
- o o **voto vencido**, para se saber se o acórdão recorrido era ou não embargável no ponto em que houve recurso extraordinário (RTJ 90/857);
- o o **acórdão dos embargos de Declaração**, se opostos ao acórdão recorrido (RTJ 139/974); pois passam a integrar o julgado;
- o se mencionados pelo acórdão recorrido:
 - a) a **sentença** cujos fundamentos tenham sido adotados por ele, quando os tenha transcrito expressamente (RTJ 90/857);
 - b) o **parecer da Procuradoria de Justiça**, ainda que transcrito em inteiro teor na petição do recurso extraordinário (STF – 2.ª Turma Ag, 118.390-0 Ag. Reg.;
 - c) **outro acórdão, por ele adotado como razão de decidir** (RTJ 123/1.250, 148/281, 148/897), ou que aprecia arguição de inconstitucionalidade (RTJ 156/249), “pois é contra a sua fundamentação que se interpõe o recurso extraordinário. E se esta não consta dos autos principais, devem

¹⁷ NEGRÃO, Theotônio. Código de processo civil e legislação processual em vigor, 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2000. p. 592.

¹⁸ Idem, ibidem.

ser opostos embargos de declaração, objetivando sua juntada a esses autos, para que a parte possa manifestar recurso extraordinário (RTJ 150/278)”.

Ademais, faz-se mister frisar que se a decisão, por seus fundamentos, for passível de ser atacada pelos dois recursos, ter-se-á a específica exigência que emana do seguinte acórdão, que transcrever-se-á *verbum at verbum*:

É inadmissível agravo de instrumento tendente a viabilizada a subida de recurso especial, se não há prova nos autos da interposição de agravo de instrumento para o Colendo Supremo Tribunal Federal contra a decisão que indeferiu o processamento do recurso extraordinário.

(...) são absolutamente indispensáveis, porquanto rematada absurdidade jurídica constituiria a decisão provedora do agravo de instrumento, determinando a subida à instância derradeira de recurso especial, quando já vislumbrado o possível trânsito em julgado do fundamento constitucional suficiente. (STJ — 1.ª Turma, AI 174.323 — RS AgRg., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, v.u.m DJU 18-5-98.)

Concerne, ainda, somar a este já tão extenso rol de exigências, a necessidade das peças que compõem o recurso estarem autenticadas¹⁹ — providência que não comporta adoção em cartório de notas! —, requisito do qual se encontra exonerada a Fazenda Pública, consoante o disposto na Medida Provisória n.º 1973-60, de 6 de abril de 2000, que, em seu art. 24, dispensa as pessoas jurídicas de Direito Público de terem que proceder à referida autenticação dos documentos apresentados em Juízo.

¹⁹ A Lei n.º 10.352, de 26 de dezembro de 2001, traz em seu bojo a modificação do art. 544, § 1.º, do CPC, que passa a vigorar com a seguinte redação: “O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar, obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópias do acórdão recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal”.

É de suma importância ressaltar, outrossim, que o STJ tem exigido até a **prova de fato negativo**, como salienta Theotônio Negrão, *in* Código de Processo Civil Comentado, nota 4.^a do art. 253 do RISTJ, “como a de que conste do instrumento a certidão de não ter a parte contrária oferecido contra-razões, dado que esta peça, quando existente, é de transcrição obrigatória” — STJ — 5.^a Turma – Ag. 31.451-5 RS AgRg. Min. Flaquer Scartezini.

Frise-se, também, ser obrigatório, no caso de o acórdão adotar o relatório do parecer da procuradoria ou da sentença (na forma de possível permissivo regimental que o autorize), que estas peças constem do instrumento.

Por derradeiro, é conveniente lembrar que a obrigação da correta formação do instrumento é inteiramente do agravante — entendimento pacífico do STF e STJ —, sendo inadmissível a juntada extemporânea de qualquer peça, mesmo em agravo regimental.

V. CONCLUSÃO

Com o cenário adrede alinhavado, as portas das Cortes Superiores estão, muitas das vezes, sendo utilizadas para trancar o prosseguimento dos recursos extremos, mesmo que para tanto seja necessário prestigiar fidedigna ortodoxia interpretativa, que tangencia as raias da exegese léxica, crismando exigências de jaez regimental e/ou sumulares e, mais recentemente, impondo aos recorrentes o atendimento de requisitos de ordem meramente burocrática.

Não é sem motivo que a formação correta do instrumento do agravo denegatório se assemelha ao genuíno labirinto do Minotauro, com tantas e tamanhas exigências e/ou detalhes que não se pode assegurar, advirta-se, que, até o momento que se ultime a leitura deste artigo, outras já não tenham sido insculpidas, o que os ventos otimistas de 1988 jamais poderiam imaginar.

Compor sem nenhum reproche a regularidade formal dos recursos em foco parece ser tarefa restrita ao agente secreto Ethan Hunt, personagem da ficção cinematográfica acostumado a desempenhar exitosamente missões com acentuado grau de dificuldade, como a presente, que se transformou em uma missão impossível, ou quase...

BIBLIOGRAFIA

- GORDILHO, Pedro. *Revista de direito administrativo*, jul-set/2001, 225: p. 75-86.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*, vol. V, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*, 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- In verbis*. Revista publicada pelo Instituto dos Magistrados do Brasil, n.º 11, junho/2000.
- Juris Poiesis*. Revista dos Cursos da Universidade Estácio de Sá, Ano 2, n.º 3/2000, Rio de Janeiro.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro*, RTDP 17/5-7, 1997.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, São Paulo: Saraiva, 1991.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coordenadores). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

*A relação jurídica de direito real e a
relação jurídica de direito obrigacional.
Obrigação Propter Rem. O condomínio
de fato, irregular ou atípico, e a
obrigação de rateio das despesas.*

ANTONIO CARLOS DE SÁ*

*INTRODUÇÃO. I. A RELAÇÃO JURÍDICA. DIREITO
SUBJETIVO. CLASSIFICAÇÕES. II. ORIGEM HISTÓ-
RICA DA DISTINÇÃO: O DIREITO ROMANO E O
DIREITO INTERMÉDIO. III. AS TEORIAS QUE PRO-
CURAM EXPLICAR A DISTINÇÃO. IV. CRITÉRIOS
DE DISTINÇÃO. V. OBRIGAÇÕES PROPTER REM E
OUTRAS FIGURAS HÍBRIDAS. VI. O CONDOMÍNIO
DE FATO E O PROBLEMA DA OBRIGATORIEDADE
DE CONTRIBUIR PARA AS DESPESAS COMUNS. VII.
CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.*

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, tentarei fazer algumas observações e trazer alguns dados que nos permitam analisar esta difícil distinção, comumente apresentada pela doutrina como aspecto vinculado à própria essência das obrigações,¹ entre os denominados direitos de crédito ou pessoais, de um lado, e os direitos reais, de outro. Da mesma forma, e como corolário desta primeira análise, adentrarei no exame da chamada obrigação *propter rem*.

* Procurador do Município do Rio de Janeiro.

1 SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil, II, 6. ed., Rio: Freitas Bastos, 1995. p. 17.

Longe de outorgar foros de definitividade às questões propostas, cumpre-me, em verdade, trazer a lume as nuances que envolvem o problema, estabelecendo alguns pontos de partida, segundo diversos entendimentos, possibilitando, após as idéias que serão aqui colhidas, um futuro e mais profícuo desenvolvimento do tema, atendendo a um escopo essencialmente provocativo.

Pretendo iniciar esta árdua tarefa partindo do conceito de relação jurídica, passando pela caracterização do direito subjetivo e suas classificações, com o fito de demonstrar a origem da distinção ora em debate.

Em seguida, imperioso volvermos à infância do direito, objetivando identificar a possível origem da distinção no direito romano, estabelecendo uma breve evolução histórica do tema, para, logo após, mergulharmos nas várias teorias que pretenderam – e pretendem – definir a questão.

Após oferecer algumas das tendências mais modernas a respeito do assunto, e sem perder o passo, segue-se o exame da denominada obrigação real, quase que resultado da própria dificuldade em que se constitui o estabelecimento de lindes seguros para os conceitos de “direitos de crédito” e “direitos reais”.

Ao final, então, tema atual, pinçado da práxis, e que está a gerar controvérsia, não tendo ainda merecido o devido tratamento por parte da doutrina e da jurisprudência, não existindo até o momento uma orientação segura.

I. A RELAÇÃO JURÍDICA. DIREITO SUBJETIVO. CLASSIFICAÇÕES.

Como já alertado anteriormente, há que se zarpar para esta aventura de uma análise, ainda que sumária, da relação jurídica e dos institutos correlatos advindos deste exame, justo porque constituem o germe da distinção em tela. Não pretendo, à evidência, investigá-los sob seus vários prismas porque estaria a me afastar demais da proposição em debate. Limitar-me-ei, portanto, a traçar noções básicas, apenas com o fito de possibilitar o esboço de um raciocínio a ser seguido ao longo do trabalho.

O homem, em sua vida social, relaciona-se com seus semelhantes e estabelece relações de dois tipos, basicamente: relações de cooperação e relações de concorrência. Os homens estão em relação de

cooperação quando os seus esforços se conjugam na obtenção de um resultado comum, e estão em relação de concorrência quando cada um deles persegue, de per si, um mesmo objetivo, sem aquela conjugação de esforços. Exemplo da primeira hipótese pode ser a compra e venda, em que um colabora entregando o objeto e ou outro pagando o preço estabelecido. Já a relação entre vizinhos serve para exemplificar a relação de concorrência, pois um não ajuda em nada o outro, cada um quer gozar os seus respectivos direitos de propriedade de forma plena, que nascem e se desenvolvem paralelos, jamais se encontrando.²

Estas relações que os homens estabelecem entre si são infinitas; contudo, se constituem em relação jurídica apenas aquelas relações sociais qualificadas pela norma jurídica.

Constata-se, de plano, que, segundo este ponto de vista, a relação jurídica é sempre uma relação social, ou seja, uma relação entre os homens — intersubjetiva. E, neste ponto, enxergando na relação jurídica o estabelecimento de um liame exclusivamente entre homens — e jamais entre homem e coisa —, deixo antever, desde já, o posicionamento por mim adotado dentre a plêiade de teorias que, pretendendo delinear a distinção entre direitos de crédito e direitos reais, serão mais adiante desafiadas.

A relação jurídica possui dois elementos: o direito e o dever. Em toda relação jurídica encontramos este elemento básico, denominado dever jurídico, e que é deduzido do comando da própria norma jurídica que qualifica aquela relação. Ou será o dever de fazer aquilo que a norma ordena, ou então o dever de respeitar os efeitos jurídicos da norma. Se o sujeito que está adstrito ao cumprimento deste dever procede diversamente, violando a norma, a este dever corresponde um direito da outra pessoa de exigir o seu cumprimento.³

A relação jurídica será simples ou complexa, na medida em que nela encontremos, respectivamente, apenas um direito a que corresponde um dever ou vários direitos e deveres. A relação de locação, por exemplo, é

2 DANTAS, *San Tiago*. Programa de direito civil, 3. ed., rev. e atualizada por Gustavo Tepedino ... [et al], Rio: Forense, 2001. p. 111.

3 Ibidem. p. 112-113.

complexa, pois tanto ao senhorio quanto ao locatário cumprem diversos direitos e deveres: ao locador cabe o dever de garantir o uso pacífico da coisa, ao que se contrapõe o direito do inquilino de exigir tal comportamento; de outra parte, ao locador é outorgado o direito de exigir o pagamento do aluguel, dever a que está adstrito o locatário.

O dever jurídico apresenta-se por meio de duas espécies de comportamentos: positivo (fazer) ou negativo (sofrer alguma coisa ou abster-se). O direito apresenta-se sob a feição de pretensão jurídica ou poder de exigir um daqueles comportamentos por parte de quem está adstrito ao dever. Esta pretensão jurídica se chama direito subjetivo.

Considerando que o *prius* na ordem jurídica é a norma e que o direito subjetivo é um *posterius*, uma emanção dela, podemos defini-lo utilizando a conceituação lançada por Manuel A. Domingues de Andrade, como “a faculdade ou o poder atribuído pela ordem jurídica a uma pessoa de exigir ou pretender de outra um determinado comportamento positivo (fazer) ou negativo (não fazer) (...)”.⁴ De todo não destoa desta definição a conhecida assertiva formulada por Caio Mário da Silva Pereira quando, após conceituar o direito objetivo como o “comando estatal, a norma ditada pelo poder público”, refere-se ao direito subjetivo como a “projeção individual da norma”.⁵

Por outro lado, quanto ao dever jurídico, apropriando-nos, uma vez mais, da conceituação traçada por Manuel A. Domingues de Andrade, podemos dizer que neste, correspondendo ao direito subjetivo nos termos acima definidos, “o direito objectivo ordena ao respectivo sujeito (obrigado) que observe um dado comportamento positivo ou negativo (fazer ou deixar de fazer alguma coisa). Se o sujeito do dever procede diversamente, violando essa norma, o direito objectivo autoriza o titular do direito subjetivo a pedir o obter que sejam adoptadas contra aquele (...) determinadas providências coactivas (...)”.⁶

4 Teoria geral da relação jurídica, I, Coimbra: Almedina, 1997 (reimpressão). p. 3. Calha observar que a definição desse autor é, na verdade, mais extensa e inclui também os direitos potestativos; circunstância, contudo, que não invalida a importação do conceito relativo aos direitos subjetivos.

5 Instituições de direito civil, I, 10. ed., Rio: Forense, 1987 (1. ed., 1961). p. 11.

6 Op. cit. p. 16-17.

Há inúmeras situações criadas pela norma jurídica, em favor de uma pessoa, que se distinguem do direito subjetivo, especialmente o direito potestativo, a faculdade jurídica e a situação jurídica. Da mesma forma, habitualmente, são feitas algumas distinções entre o dever jurídico e outras figuras, alusivas ao estado de sujeição e ao ônus jurídico, estas, principalmente, para delimitar a concepção do termo obrigação. Não pretendo alongar-me aqui a diferenciar cada uma das mencionadas situações, cuja conceituação básica é de todos conhecida, pois que desbordaria do tema proposto, à exceção da situação jurídica, figura cujo delineamento será mais tarde retomado. Cabe apenas asseverar que a concepção de “obrigação” é aqui usada num sentido restrito ou técnico, como espécie de dever jurídico, para caracterizar as chamadas relações creditórias ou obrigacionais, em que há um vínculo jurídico patrimonial entre pessoas determinadas, por virtude do qual uma delas, o devedor, deve realizar uma dada atividade positiva ou negativa (prestação) em benefício de outra, o credor, que tem o direito de exigi-la, embora, não raras vezes, utilize-se a expressão como sinônimo de elemento passivo da relação jurídica.

Isto posto, passo a um aspecto em que a análise até aqui efetuada adquire ponto de confluência com o tema proposto. Trata-se da classificação dos direitos subjetivos. Também aqui não se pretende trazer à baila todos os critérios classificatórios adotados pela doutrina, mas aludir apenas àqueles que nos interessam de perto.

A primeira classificação que se pode realizar nos direitos subjetivos diz respeito à divisão entre direitos relativos e direitos absolutos. A distinção se dá sob o prisma do dever jurídico ou, por outra, da eficácia da relação jurídica. Quando o dever jurídico é imposto a determinadas pessoas, implicando na exigibilidade específica de uma prestação de alguém, temos o direito subjetivo relativo. Quando o dever jurídico toca à generalidade das pessoas, ou seja, possui eficácia universal, temos o direito subjetivo absoluto. Exemplo clássico de direito absoluto é a propriedade, em que há o proprietário como titular do direito, sendo portadores do dever jurídico a generalidade dos homens, dever este de se absterem de perturbar o senhorio. O mais claro exemplo de direito relativo é o de crédito, em que um determinado devedor está obrigado para com o credor por certa quantia.

Dividem-se os direitos absolutos em direitos da personalidade, cujo objeto está na personalidade do titular (a vida, a liberdade, a honra, o nome, etc.), e direitos reais, cujo objeto está no mundo exterior. Os direitos relativos podem ser, por um lado, de crédito ou pessoais,⁷ importando na exigibilidade de uma prestação relativamente a uma pessoa ou grupo de pessoas, e, por outro, de família, alusivos a deveres concernentes às relações familiares (pátrio poder, casamento, parentesco).

Sem embargo das nomenclaturas acima alinhadas, outra há que toma como critério a patrimonialidade, separando os direitos subjetivos em patrimoniais e extrapatrimoniais. Com base nesta sistematização, encontram-se compreendidos nos direitos patrimoniais os direitos reais e os direitos de crédito; já os direitos extrapatrimoniais abrangem os direitos da personalidade e os de família.

Sob o prisma desta última catalogação, dois grupos de direitos, cujo traço comum é a patrimonialidade, têm, ao longo do tempo, gerado controvérsia entre os juristas no que tange à sua efetiva distinção, por isso que, habitualmente, isolados para análise comparativa, em matéria de classificação dos direitos subjetivos. São eles os direitos de crédito e os direitos reais.

Digladiam-se os doutrinadores, desde o direito intermédio, na precisa delimitação destas suas espécies de direitos subjetivos, cuja relevância foi desde logo destacada, justamente por se encontrarem relacionados com o patrimônio, com as relações jurídicas que envolvem os bens economicamente apreciáveis, ocasionando, portanto, reflexos não apenas jurídicos, mas também, e principalmente, econômicos, por se vincularem umbilicalmente à satisfação de interesses deste naipe.

Assim, portanto, está situada a *vexata quaestio* ora posta em debate: a distinção entre os direitos de crédito e os direitos reais, critérios de classificação dos direitos subjetivos — e, mais, direitos subjetivos patrimoniais —, categoria que se constitui em um dos elementos essenciais da relação jurídica, contraposto ao outro elemento, o dever jurídico.

7 Caio Mário da Silva Pereira (cf. op. cit. p. 35) critica esta última denominação, direitos pessoais, salientando que, em verdade, “todo o direito é pessoal”, pois que exprime uma faculdade atribuída à pessoa de seu titular.

II. ORIGEM HISTÓRICA DA DISTINÇÃO: O DIREITO ROMANO E O DIREITO INTERMÉDIO

A noção de direito subjetivo, ponto de partida necessário, como visto, para a confeitura do conceito de direito real e de direito de crédito — e, portanto, da distinção entre estes —, não a conheciam os romanos. Pouco afeitos eram os romanos às abstrações, segundo notícia Schulz,⁸ asseverando Michel Villey⁹ que estes só teriam conhecido instituições jurídicas objetivas (*personae, res, actiones*), conquanto autores haja que refutem tal concepção, como o faz Pugliese,¹⁰ sustentando que os conceitos da teoria geral moderna devem servir para traduzir o direito romano em linguagem inteligível.

Realmente não fizeram os romanos, teoricamente, uma distinção entre o direito objetivo e o direito subjetivo, no entanto reconhece-se que tinham noção da existência de atribuições jurídicas às pessoas, o que corresponderia, modernamente, ao direito subjetivo.

Em verdade, uma determinada situação da vida real era reconhecida como jurídica, em Roma, não por uma norma jurídica consagrá-la, mas porque era tutelada pelo então existente sistema de ações.¹¹ Sendo assim, não conheciam os romanos estes dois conceitos — direito real e direito pessoal ou de crédito. Foi, contudo, mediante a via processual que esta diferença se patenteou.

Com efeito, distinguíam os romanos, no seu sistema de ações, a *actio in rem* e a *actio in personam*, correspondendo a primeira à ação real, em que o autor postulava o seu direito sobre a coisa, sendo o réu

8 I principii del diritto romano, trad. Arangio-Ruiz, p. 37 e ss. apud MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito romano, 11. ed., Rio: Forense, 1998, p. 89.

9 Estudios en torno de la noción de derecho subjectivo, Valparaíso: Ed. Universitarias, 1976, p. 99.

10 “Res corporales”, “res incorporeales” e il problema del diritto soggettivo. In: Studi in onore di Vincenzo Arangio-ruiz, nel XLV anno del suo insegnamento, III, p. 233 e ss. apud MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito romano, 11. ed., Rio: Forense, 1998, p. 89.

11 Conforme A. Menezes Cordeiro, in: Direitos reais, Lisboa: Lex Ed. Jurídicas, 1993 (reimpressão da ed. de 1979), p. 16: “(...) uma situação da vida real era reconhecida como jurídica não por, em abstracto, uma norma jurídica a abarcar, em determinados termos, na sua previsão, mas porque, em concreto, o seu titular podia dirigir-se ao magistrado e pedir certas providências”.

a pessoa que se colocou entre o autor e a coisa, e a segunda à ação pessoal, proposta contra determinada pessoa (o devedor), em que o autor reclama o cumprimento de determinada obrigação.

Tal distinção é contemporânea da época do processo formular,¹² quando o magistrado, após ouvir as partes, determinava o ponto litigioso, inserindo em sua fórmula a questão que o *judex* (juiz popular) deveria solucionar. A fórmula variava em consonância com o seu objetivo, ou seja, conforme se tratava de um direito de propriedade, usufruto ou servidão (*actio in rem*, denominada *vindicationes*), ou, ao revés, fosse o réu obrigado para com o autor por dar ou fazer alguma coisa (*actio in personam*, denominada *condictiones*). No primeiro caso, não importava a figura do réu, pois relevava apenas verificar a efetiva existência ou não de um direito de propriedade do autor; na segunda hipótese, punha-se o autor em face do réu, objetivando que este cumprisse a obrigação ou respondesse por ela.

Essas, portanto, as bases da distinção entre direitos reais e direitos de crédito, lançadas pelo direito romano; conquanto não os tenham definido os romanos abstratamente, conceituando-os como divisões do direito subjetivo, vislumbraram-nos no âmbito processual, através das mencionadas ações, a exprimir, no fundo, a diferenciação concretizada posteriormente.

Os glosadores medievais, laborando sobre todo esse material provindo do direito romano, é que criaram a categoria dos direitos subjetivos, introduzindo, então, os conceitos de *ius in re* e *ius in personam*. Assim, a divisão entre direitos reais e pessoais ou de crédito não se

12 *Os romanos conheceram, sucessivamente, três sistemas de processo civil: o das ações da lei (legis actiones); o formulário (per formulas), acima mencionado, e o extraordinário (cognitio extraordinaria). Os dois primeiros correspondem a uma fase da tutela dos interesses em que ainda perduravam elementos da justiça privada; apenas no último sistema, da cognitio extraordinaria, é que a justiça passa a ser pública, monopolizada pelo Estado. Nos dois primeiros vigorava a ordo iudiciorum privatorum (ordem dos processos civis), em que se dividia a instância em duas fases sucessivas: a in iure, que se desenrolava diante de um magistrado, e a apud iudicem, processada diante do iudex, que é um particular e não funcionário do Estado. No processo formulário, o magistrado proferia a fórmula, um documento escrito em que fixava o ponto litigioso e outorgava ao juiz popular o poder para condenar ou absolver o réu, conforme fique ou não provada a pretensão do autor, isto nos limites da própria fórmula elaborada na fase in iure.*

deveu, propriamente, ao direito romano, mas, indubitavelmente, foi dele deduzido. Da existência das ações *in rem* e *in personam* e da investigação de suas causas, os glosadores extraíram, como corolário, a conclusão da existência dos direitos a elas correspondentes.

Tal distinção, contudo, não se afigurava, ainda, muito precisa, pois que, por influência do direito canônico, identificou-se uma terceira figura, denominada *ius ad rem*, a interpor-se entre o *ius in re* e a *obligatio*, para traduzir aquela situação que precedia ao surgimento de um direito real, como a do comprador antes da transferência do domínio, posta depois em esquecimento com a absorção pelo *ius in personam*. Seguiu-se, posteriormente, outra categoria intermédia, denominada obrigação *propter rem*, esta, até hoje geradora de controvérsias, a cuja análise retornaremos mais adiante, no capítulo próprio.

III. AS TEORIAS QUE PROCURAM EXPLICAR A DISTINÇÃO

Corolário desta dedução efetivada pelos glosadores medievais, identificando, não apenas a categoria do direito subjetivo, mas, primordialmente, a divisão entre direitos pessoais (*rectius*: de crédito) e direitos reais, foi o surgimento de diversas teorias que se esforçaram para conceituá-los, delimitando abstratamente as características que diferenciam cada uma das mencionadas espécies.

A primeira doutrina dedicada a conceituar os direitos reais, diferenciando-os dos direitos de crédito, originou a teoria clássica ou realista, considerada por Demogue¹³ verdadeiro produto histórico do direito romano, no *iter* da evolução anteriormente mencionada, por confundir o direito com seu objeto. Segundo esta teoria, o direito real seria uma relação jurídica entre o homem e a coisa, a estabelecer-se diretamente, sem necessidade de intermediário, contendo, portanto, dois elementos: o sujeito ativo e a coisa. Esclarecedora, neste sentido, a lição de Demolombe, ao estabelecer que o direito real “*est celui qui crée entre la personne et*

13 *Traité des obligations en général, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923. p. 3. Notions fondamentales de droit privé, Paris: 1911. p. 406 e ss.*

la chose une relation directe et immédiate; de telle sorte qu'on n'y trouve qui deux éléments, savoir: la personne, qui est le sujet actif du droit, et la chose, qui en est l'objet".¹⁴ Perfilham este entendimento, dentre outros, e além do já citado doutrinador francês, Mourlon,¹⁵ Aubry et Rau¹⁶ e, no direito pátrio, Silvio Rodrigues.¹⁷ Por outro lado, o direito pessoal se constituiria em uma relação entre pessoas, abrangendo sujeito ativo, sujeito passivo e a prestação que ao primeiro deve o segundo. Tal é a concepção dualista, que intenta traçar nitidamente a distinção entre os direitos reais e os direitos de crédito.

À corrente tradicional, opôs-se a teoria personalista, cuja construção tem suas bases assentadas em conceito expressado por Immanuel Kant,¹⁸ segundo o qual não é de ser aceita uma relação jurídica instituída diretamente entre pessoa e coisa, na medida em que todo direito, correspondente a um dever jurídico, constitui-se, necessariamente, em elemento de uma relação entre pessoas. Assim, a partir de Windscheid propagou-se a idéia de que a relação jurídica era obrigatoriamente intersubjetiva, ocasionando a formulação da mencionada doutrina personalista, segundo a qual os direitos reais também são relações jurídicas entre pessoas, possuindo, a exemplo dos direitos de crédito, igualmente três elementos: sujeito ativo, sujeito passivo e o objeto. A diferença é que, nos direitos de crédito, o sujeito passivo é pessoa certa e determinada, enquanto que, nos direitos reais, ocupa o pólo passivo da relação toda a coletividade, à qual corresponde o dever de respeitar o direito do proprietário, abstendo-se da prática de atos lesivos. Nestes termos, exemplificadamente, no direito de propriedade, que é o direito real por excelência, o sujeito ativo é o proprietário, o passivo, toda a coletividade, e o objeto, a coisa sobre a qual recai o direito.

A teoria personalista busca alocar o direito das obrigações (direitos de crédito) no centro de todo o direito civil, neste abrangendo todas as relações jurídicas civis, incluindo o direito real, unidas pelo tra-

14 Cours de code de Napoléon, vol. IX, Paris, n. 464.

15 Répétitions écrites sur le premier examen du code Napoléon, 8. ed., rev. por Demangeat, Paris: 1869, Tomo I, n. 1.334. Apud RODRIGUES, Silvio. Direito civil, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 6.

16 Cours de droit civil français, vol. II, Paris: 1869, n. 172.

17 Op. cit. p. 5-6.

18 Principes métaphysiques du droit, Trad. de Joseph Tissot. p. 88.

ção comum da personalidade. Aderiram a esta corrente, dentre outros, Ferrara, Ortolan,¹⁹ Ripert, Roguin,²⁰ Ginossard²¹ e, por aqui, de forma explícita, Caio Mário da Silva Pereira.²² Contudo, coube a Marcel Planiol emprestar-lhe o prestígio de seu nome, desenvolvendo-a, inicialmente, em sua obra *Traité élémentaire de droit civil*,²³ em que, partindo da premissa alusiva à impossibilidade da instituição de uma relação jurídica que não seja entre pessoas, sustenta que há no direito real uma obrigação. Não há imediatamente um devedor, mas este surgirá no momento em que se verificar uma lesão do direito, asseverando que, em verdade, há uma obrigação passiva universal, uma obrigação de abstenção de todas as pessoas. Mais tarde, sofrendo a objeção de que faltaria a esta obrigação passiva universal o imprescindível conteúdo patrimonial, não se podendo chamar toda a humanidade a responder por ela, Planiol modificou sua teoria — embora não a retificando em sua essência —, no tratado que elaborou em colaboração com Ripert,²⁴ substituindo esta concepção pela do devedor indeterminado. Haveria um dever geral ou universal de respeito, mas a figura do devedor somente seria determinada quando o direito fosse violado.

Ainda nesta linha de pensamento, que procura alocar os direitos reais nos direitos das obrigações, Demogue procura negar toda e qualquer diferença técnica ou específica entre os direitos reais e os de crédito, pois para ele apenas existem, respectivamente, direitos fortes e fracos com a mesma natureza. O problema, então, seria de intensidade do direito. O direito real seria apenas mais forte que o direito de crédito, por ter atributos que não são próprios deste último, como a seqüela e a preferência.

Com o mesmo objetivo unitarista, porém em sentido contrário, surge a teoria impersonalista, que, tal qual a doutrina personalista, pretende amalgamar o direito real e o direito de crédito, desta vez, contu-

19 Apud RODRIGUES, *Sílvio*. Op. cit. p. 6.

20 *La science pure, I e II*. p. 637 e ss.

21 *Droit réel, propriété et créance, Paris, 1960*.

22 Op. cit. Vol. IV. p. 3.

23 *Traité élémentaire de droit civil, 7. ed., Paris: 1915, Tomo I. ns. 2.158 e ss.*

24 *Traité pratique de droit civil français, Paris: 1926, Tomo III, n. 44.*

do, o primeiro absorvendo o segundo. Intenta, desta forma, despersonalizar a obrigação, patrimonializando-a, abrangendo todas as relações jurídicas pelo traço comum da realidade. Este o pensamento de Gaudemet²⁵ e Saileilles²⁶, que se baseiam na idéia de que toda a obrigação possui um fundo patrimonial, um valor econômico, independente da pessoa do devedor. Trata-se da objetivação da obrigação, transformando-a em um direito sobre a respectiva prestação, justamente numa espécie de direito real.

Ao lado destas concepções outras surgiram, igualmente pretendendo obstaculizar a teoria clássica, porém de menor relevância. Thon e Schlossmann²⁷ entendem que o direito real não existe como direito subjetivo não passando de um mero expediente. A exigência de abstenção geral em relação à coisa seria, antes de tudo, uma norma de direito objetivo, uma necessidade social. Em sua teoria institucional, Hauriou afirma que nos grupos sociais, formadores de instituições, surgem e se desenvolvem estados de fato, que, com o decurso do tempo, se transformam em situações de direito, são legitimados pela lei. Assim ocorre com o direito real, cuja fonte foi representada por este corpo social, esta instituição, e que, transformado de situação de fato em situação de direito, deve ser respeitado porque assim determina a lei. M. I. Carvalho de Mendonça²⁸ assevera que a teoria institucional, na verdade, tende a explicar a origem social dos direitos reais, mas não a sua natureza jurídica.

As correntes unitaristas, e especialmente a doutrina personalista, fundada na teoria da obrigação passiva universal, gozaram de intenso fastígio no passado, tendo sofrido, entretanto, objeções que lhe arrefeceram o entusiasmo das primaveras iniciais, tanto assim que o próprio Planiol, como já asseverado linhas acima, retificou alguns aspectos de sua tese. A abstenção da coletividade, ponto nodal para a tese personalista, segundo Serpa Lopes,²⁹ não representa a verdadeira essência do direito real, mas apenas

25 *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris: 1898. p. 30 e ss. Apud FRA-GA, Direitos reais de garantia. p. 18.

26 *Théorie générale de l'obligation*.

27 Apud MENDONÇA, M. I. Carvalho de. Do conceito jurídico dos direitos reais.

28 *Introdução ao direito das coisas*. Rio: 1915. p. 73-75.

29 Op. cit. Vol. II. p. 23.

uma simples consequência do poder direto e imediato do titular do direito sobre a coisa. Marty et Raynaud,³⁰ por sua vez, criticam a existência deste sujeito passivo universal, pois, ao contrário do que acontece nos direitos de crédito, ninguém pensaria em inscrever no passivo do seu patrimônio a obrigação de respeitar os direitos reais de outrem. Objeta-se, igualmente, que a obrigação de respeitar os direitos de outrem não é especial dos direitos reais, mas existe para todos os direitos, mesmo os de crédito. Quanto a esta objeção, diferenciam os autores, de um lado, a oponibilidade *erga omnes*, própria dos direitos reais, e o dever jurídico geral de respeitar os direitos de outrem, ou seja, o *neminem laedere*. No direito real, se desconheço a propriedade alheia, molestando-a, ataco-a no seu exercício elementar; já no direito de crédito, se impeço alguém de cumprir determinada obrigação, não descumpro o dever inserido naquela relação, mas sim desrespeito a “reserva de espaço jurídico que todos têm que respeitar”.³¹

Diante do antagonismo das teorias precedentes, principalmente a clássica, de um lado, e a personalista, de outro, diversos autores procuraram superar as diferenças e conciliar as vantagens de ambas. Desta forma de pensar surgiram as teorias mistas ou ecléticas.

Com efeito, a teoria personalista, pretendendo dar caráter puramente obrigacional aos direitos reais, despreza aquele aspecto peculiar dos direitos reais e que os diferencia dos outros ramos do direito civil, e especificamente dos direitos de crédito, que é o fato de se traduzirem em um poder direto e imediato sobre uma coisa. De outra parte, não se pode aceitar a formulação da teoria clássica que configura o direito real como uma relação homem/coisa e, deixando de lado a obrigação passiva universal, esquece que o direito se afirma sempre numa relação intersubjetiva. Diante deste quadro, as teorias ecléticas objetivaram harmonizar, dentro do conceito de direito real, o poder direto e imediato sobre a coisa com a obrigação passiva universal. Em linhas gerais, esta corrente salienta dois aspectos na conceituação de direito real: um aspecto interno, traduzido neste poder direto e imediato do sujeito sobre a coisa, e um aspecto externo, que se revela numa relação jurídica entre o titular do direito real e todas as demais pessoas, adstritas à já analisada obrigação passiva universal.

30 Droit civil. Vol. I, n. 301 e ss.

31 FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de direitos reais, 2. ed., Lisboa: Quid Juris, 1997. p. 45.

Neste sentido, Inocêncio Galvão Telles³² diferencia os direitos reais e de crédito justamente pelo conteúdo das duas espécies de direito subjetivo. Pelo lado externo, há um dever negativo e universal nos direitos reais, mas tal não basta para defini-lo, fazendo-se imprescindível verificar que, internamente, há um “poder jurídico que recai, de modo directo e imediato, sobre uma *coisa*” e que “varia de direito para direito: assim, não é o mesmo na propriedade e no usufruto ou na servidão”. Semelhante poder, segundo o autor, não existe nos direitos de crédito, “mesmo quando estes se referem, indirectamente, a coisas. Entre o credor e a coisa interpõe-se a *pessoa* do devedor”.

Ajusta-se perfeitamente a este entendimento o propalado pelo jurista mexicano Manuel Borja Soriano, ao concluir que “*para definir el derecho real es preciso considerar los dos aspectos bajo los cuales se presenta. Bajo su aspecto interno el derecho real representa un poder jurídico directo sobre la cosa. Bajo su aspecto externo lo que aparece es la obligación general que tiene por fin hacer respetar la situación del titular respecto de la cosa; obligación pasiva que es distinta de la individual que caracteriza al derecho personal*”.³³

Parece não discrepar, também, desta corrente, Orosimbo Nonato,³⁴ pois, conquanto não identifique, explicitamente, a existência de aspectos interno e externo da relação jurídica de direito real, tende a manter o conceito tradicional, propugnado pela teoria clássica, mas expungindo as suas “exagerações”. Afirma o autor que “é a senhoria directa, o poder imediato do titular sobre a coisa, o traço conspícuo do direito real”, asseverando, porém, “a consistência do argumento de ser inadmissível a relação jurídica entre pessoa e coisa”. De fato, reconhece Orosimbo Nonato o mérito da teoria personalista em “golpear mortalmente o conceito metafísico e absoluto da propriedade”, repulsando “o absurdo de um direito fora das relações de solidariedade humana e do ambiente de consórcio civil”, ao mesmo tempo em que ressalta aquele poder jurídico imediato da pessoa sobre a coisa como característica fundamental do direito real.

32 Manual de direito das obrigações, *Tomo I, 2. ed., Coimbra Editora, 1965. p. 69.*

33 Teoría general de las obligaciones, *Tomo II, 3. ed., Editorial Porrúa, 1960 p. 89-90.*

34 Curso de obrigações, *vol. I, Rio: Forense. p. 35-40.*

Orlando Gomes³⁵ também ressalta a importância de uma estrutura interna do direito real, na qual estaria salientado o poder de utilização da coisa, prisma sob o qual constata um “retorno à doutrina clássica”. Afirmo o insigne jurista que o critério mais adequado para distinguir os direitos reais dos direitos de crédito é o modo de seu exercício. Citando De Page, assevera que a característica principal que diferencia uma espécie de direito da outra reside no fato de que os direitos reais exercem-se diretamente, sem a interposição de quem quer que seja, enquanto os direitos de crédito supõem necessariamente a intervenção de outro sujeito de direito. Assim, o proprietário exerce o domínio, utilizando a coisa, sem ser preciso qualquer intermediário. Já o comodatário, titular de um direito de crédito, para que possa utilizar a coisa emprestada, necessita da intervenção, da colaboração, do comodante.

A propósito da relevância da intervenção do sujeito passivo para satisfação do titular do direito, destaca Emilio Betti que na relação jurídica de direito real a satisfação do direito do credor independe de um comportamento externo (do devedor), independe do que chama de uma atividade de cooperação. Esta tem função meramente secundária; importa, sim, o poder do titular do direito, a realizar-se imediatamente. Assim leciona o mestre italiano: *“Ahí está la cuestión: en la obligación el vínculo del deudor es la premisa del derecho del acreedor; en el derecho real, en cambio, la limitación del sujeto pasivo es la consecuencia del derecho del titular. Esta es, en nuestra opinión, la razón profunda por la cual el interés que funda el contenido del derecho real no puede nunca – como tal – tener por objeto un comportamiento ajeno; el comportamiento ajeno podrá ser, como mucho, condición para hacer posible al titular la realización del propio interés. El comportamiento ajeno tiene aquí una función puramente secundaria, accesoria e inservible para la explicación del derecho real”*.³⁶

Intentando dispor-se para além da corrente mista ou eclética, está Luís A. Carvalho Fernandes,³⁷ professor da Faculdade de Direito da Universi-

35 Direitos reais, 10. ed., Rio: Forense, 1991, p. 5.

36 Teoría general de las obligaciones, trad. para espanhol José Luis de los Mozos, Tomo I, Editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid. p. 11.

37 Op. cit. p. 34-52.

dade Católica Portuguesa. Afirma o jurista português que as teorias mistas produzem mera síntese verbal, faltando sempre delinear o elemento interno e o elemento externo de cada direito real, não se prestando para caracterizar “o” direito real, enquanto categoria jurídica. De seu turno, deixa patente que a distinção deve ser feita com base em três notas características: a absolutidade, a inerência e a afetação. A absolutidade corresponderia à natureza absoluta de que se revestem os direitos reais, no sentido de as faculdades conferidas ao seu titular serem oponíveis *erga omnes*. A inerência se traduziria na inseparabilidade entre a coisa e o direito, de forma a não se poder desvinculá-la deste, sendo perseguida onde se encontrar; esta nota se desenvolve em outras duas: a seqüela e a prevalência. Por último, recorre o mencionado jurista à idéia de afetação, ou seja, de vinculação entre o sujeito e a coisa. Alerta, porém, o autor, que não se cuida da mera vinculação da coisa ao titular do direito real, como até agora se tem vislumbrado, mas sim de afetação no sentido de aproveitamento imediato das utilidades da coisa, sendo certo que a imediatidade significa a exclusão da atividade de cooperação por parte do devedor.

Por derradeiro, no direito pátrio, adota a posição mista o Prof. Darcy Bessone,³⁸ embora incorporando a noção de aderência a que se refere o aludido jurista luso. O autor divide em dois os elementos típicos da realidade, um interno, representado pelo senhorio ou poder sobre a coisa, configurando a verdadeira substância do direito real, e outro externo, constituído pelo que chama de “absolutismo” — Luís A. Carvalho Fernandes prefere o vocábulo “absolutidade” —, que torna o direito oponível *erga omnes*. Aduz ainda o mestre mineiro que consequência deste último elemento é a inerência, pela qual o direito adere à coisa, acompanhando-a ininterruptamente.

Inconformados com todas estas correntes, alguns autores, como Emilio Betti, Orlando Gomes e Torquato Castro, recorreram à noção de situação jurídica, visando a encontrar melhor enquadramento para a divisão dos direitos subjetivos patrimoniais entre direitos reais e direitos de crédito.

A noção de situação jurídica, contudo, partiu daqueles que procuravam negar a existência do direito subjetivo. Esta a concepção de Duguit³⁹ que afirmava não existir senão direito objetivo; todos seriam

38 Direitos reais, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996. p. 7.

39 Traité de droit constitutionnel, 3. ed., Paris, 1927.

submetidos ao direito objetivo, não haveria nenhuma faculdade ou poder oriundo da projeção concreta da ordem jurídica a uma pessoa de exigir ou pretender de outra um determinado comportamento. Para ele, existiriam, sim, situações jurídicas, que se desdobrariam em situação jurídica objetiva e situação jurídica subjetiva. No primeiro caso, ela deriva da norma diretamente ou por efeito de um ato de vontade, como ocorre na hipótese do eleitor, do filho reconhecido, do proprietário. O segundo caso ocorre, quando a situação é especial ou particular a uma ou mais de uma pessoa determinada e temporária, desaparecendo com o exercício da via de direito que a sanciona, como na hipótese de uma compra e venda, em que há um exercício pessoal de um poder geral, que se extingue com a conclusão do contrato, cujo conteúdo a lei não pode alterar, mas cujo cumprimento pode dispensar o interessado.

Não é esta a concepção atual de situação jurídica. Modernamente, pretendem os autores adeptos desta teoria abstrair da idéia de relação jurídica, escapando do problema da sua intersubjetividade, especialmente no que tange à análise da relação jurídica de direito real. Buscam estes um conceito genérico, capaz de compreender toda e qualquer situação da vida social regulada pelo direito, sem negar a existência do direito subjetivo, como inicialmente fez Duguit. Não se cuida, portanto, de categoria que se substitui à de direito subjetivo, ou à de relação jurídica em sentido próprio, senão que antes as compreende, porque nela se podem conter todas as posições dos sujeitos de direito em face dos objetos jurídicos: estados, faculdades, poderes, direitos, pretensões, deveres, ônus e sujeições. Constitui-se, portanto, numa concepção mais ampla que as de direito subjetivo, dever jurídico e relação jurídica, abarcando-as, com o fito de fornecer “uma interpretação mais realista e ajustada à vida prática do direito”.⁴⁰

Há situações que se dizem relacionais, pois que incidem sobre elas normas jurídicas que estabelecem entre dois ou mais sujeitos contrapostos, um vínculo individual direto e concreto pelo qual um deles (sujeito passivo) tem o dever de prestar ao outro (sujeito ativo) o objeto a que este tem direito. Em outras situações, chamadas por Olímpio Costa Júnior de uniposicionais,⁴¹ haveria um único sujeito isoladamente posicionado

40 COSTA JÚNIOR, Olímpio. A relação jurídica obrigacional, São Paulo: Saraiva, 1994. p. 13.

41 Op. cit. p. 18.

em face do objeto, que lhe é atribuído diretamente pela norma, sem a interferência de outrem. Nesta linha de raciocínio, as situações jurídicas reais são aquelas em que o objeto é deferido ao sujeito diretamente pela norma, numa relação imediata de poder sobre a coisa, com exclusão da participação de outrem. Sob este ponto de vista, não se pode negar uma espécie de retomada da concepção clássica, não para estabelecer uma relação jurídica entre pessoa e coisa, mas tão-somente para expressar a existência de uma conexão direta e concreta dos homens com as coisas, como categoria diversa das relacionais, porém abrangidas por uma conceituação genérica consubstanciada na situação jurídica. Consagra-se, desta forma, a dicotomia, pretendendo, porém, simplificá-la, conceituar o direito real como situação jurídica cuja função é atribuir coisas a pessoas, ao passo que o direito de crédito corresponderia também a uma espécie de situação jurídica incumbida de estabelecer, entre as pessoas, formas jurídicas de cooperação.

Pietro Perlingieri alude, igualmente, à noção de situação jurídica, porém a concebe de maneira diversa da acima mencionada. Com efeito, refere-se o professor italiano à concepção de relação jurídica; entretanto, para ele, não é fundamental à sua estrutura o sujeito, ocorrendo, em verdade, entre centros de interesses ou entre situações subjetivas.⁴² Nesta ordem de idéias, desapareceria a relevância da discussão relativa a operar-se a relação jurídica de direito real entre sujeito e coisa ou apenas entre pessoas.

Possui o autor, também, uma visão diversa do direito subjetivo. Este, ao invés de representar um interesse ou poder individual, cede lugar à situação subjetiva, que sofre uma intrínseca limitação pelo conteúdo das cláusulas e princípios gerais, especialmente os constitucionais. Assim, o ordenamento somente reconhece a propriedade de um bem ou a titularidade de um crédito se e enquanto o direito for exercido em conformidade com as mencionadas regras; em assim não ocorrendo, o interesse não será reconhecido nem tutelado. Daí decorreria, por exemplo, que quando uma certa propriedade não cumpre a sua função social não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico.

42 *P. ex., doações a nascituros, promessa de recompensa, etc. Se a atualidade do sujeito não é essencial à existência da situação, significa que pode existir relação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesses (situação debitória e creditória).*

Nesta linha de pensamento, inaceitável para Perlingieri, a velha distinção entre direitos absolutos e relativos, utilizados para distinguir os direitos reais dos de crédito, na medida em que, com fulcro nos princípios constitucionais de solidariedade e igual dignidade social, a relação entre credor e devedor possui relevância externa, impondo-se a todos o dever de respeitá-la, responsabilizando-se quem impedir o seu adimplemento, e, por outro lado, também, outorgando-se ao titular da situação uma pretensão a sua conservação em relação a todos.

Afirma, ainda, o referido autor que há diversas situações mistas que têm caráter típico e tradicional dos direitos reais e das relações obrigacionais, como a locação de uma habitação. A referida contraposição entre dever genérico e dever específico não corresponde a todas as situações reais, como nas situações reais de gozo, em que, ao lado do dever genérico por parte de terceiros, existe também uma relação entre centro de interesses específicos (usufruto X nua-propriedade, servidão X direito do prédio serviente). Não haveria, assim, uma precisa separação entre situações creditórias e reais, havendo que se analisar concretamente caso a caso, averiguando-se: 1) a existência, a qualidade e a quantidade da cooperação que um sujeito é obrigado a dar para o alcance do resultado que constitui o conteúdo da situação subjetiva; 2) a existência do direito de seqüela; e 3) a presença do direito de preferência. Desta forma, tomando em conta as normas contidas no direito civil italiano, pode o proprietário de um prédio constituir em favor do prédio vizinho uma servidão não aparente, fazendo surgir uma situação subjetiva real, na qual incide o direito de seqüela. Nas mesmas circunstâncias, pode este proprietário entabular um direito de passagem, mas apenas a título pessoal, não estando tal situação tutelada pela seqüela, extinguindo-se o direito em caso de alienação. Vê-se que o mesmo interesse pode ser satisfeito com situações diversas, creditórias ou reais, porém estas são identificadas, em cada caso, por força da qualidade e da intensidade da tutela.

De tudo quanto foi dito, verifica-se que não há, em verdade, um critério único e seguro para definir, abstratamente, a distinção entre os direitos reais e os direitos de crédito, podendo-se afirmar, por outro lado, que a necessidade da dicotomia permanece, conquanto o entendimento esposado por Perlingieri mereça ser objeto de estudos mais

entranhados, com vistas ao seu profícuo desenvolvimento, na esteira do movimento de constitucionalização do direito civil, o que refoge ao âmbito do presente trabalho. Tenho para mim, todavia, conforme já havia anunciado no início deste artigo, que, por ora, não há como escapar, tanto no caso dos direitos reais como na hipótese dos direitos de crédito, da noção de relação jurídica como vínculo intersubjetivo, ou seja, uma relação entre pessoas, jamais entre homem e coisa, como sugere a concepção clássica.

IV. CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO

Ainda que se possa identificar inúmeros pontos de contato, apura-se a distinção entre os direitos reais e os direitos de crédito de forma pontual, com base em alguns traços distintivos básicos, identificados pela doutrina.

a) O primeiro grande traço distintivo diz respeito à eficácia dos direitos reais e dos direitos de crédito. Como corolário da distinção já referida entre direitos absolutos e direitos relativos, afirma-se que os direitos reais têm eficácia absoluta, ou seja, valem *erga omnes*; inversamente, os direitos de crédito são relativos, isto é, em função de se dirigirem a uma ou mais pessoas determinadas, têm como correlato um dever particular.

Não cumprida a obrigação inserida em uma relação jurídica creditícia, só contra o devedor pode, em princípio, ser instaurada a respectiva ação (salvo a adoção do pensamento lançado pelo Prof. Perlingieri). Só ele é parte legítima nesse processo, do lado passivo da relação.

Do caráter absoluto dos direitos reais decorrem dois importantes atributos: o direito de seqüela e o direito de preferência ou de prevalência.

O direito de seqüela (*droit de suite*) consiste no poder que o titular tem de exercer o seu direito seguindo ou perseguindo a coisa, onde quer que ela se encontre, mesmo que na posse de terceiro. Por exemplo, o dono da coisa pode reivindicá-la, não só de quem dela se apropriou indevidamente, mas também do terceiro a quem o detentor (locatário, comodatário, depositário, etc.) abusivamente a tenha vendido, alugado ou emprestado (arts. 524 e 623, II, CC). Pode faltar o direito de seqüela se a eficácia em relação a terceiros estiver dependente de registro e o adquirente do direi-

to não o tiver registrado: se “A” tiver adquirido o direito de usufruto sobre um prédio de “B”, que mais tarde vendeu a “C”, sem ter feito ressalva, não poderá o usufrutuário “A” opor seu direito sobre a coisa ao novo proprietário se não o tiver transcrito antes de registrada a transmissão da propriedade (arts. 676 e 715).

O direito de preferência consiste no poder atribuído ao titular de afastar todos os direitos incompatíveis com o seu, que posteriormente se tenham constituído sobre a mesma coisa. É a aplicabilidade do princípio *prior tempore potior iure*: o primeiro direito real em data constituído sobre a coisa prevalece sobre os demais. Quando estiverem constituídas duas ou mais hipotecas sobre o mesmo prédio (art. 812), o titular da primeira terá o direito de ser pago, com preferência, não apenas em relação aos credores comuns, mas também em relação aos titulares das hipotecas posteriormente constituídas sobre o prédio.

Este critério da preferência pode sufragar, contudo, no caso de a eficácia do direito real em relação a terceiros depender de registro, prevalecendo aí não o primeiro em data, mas o primeiro que tiver sido registrado: entre duas hipotecas sobre o mesmo prédio prevalece a que tiver prioridade de inscrição no registro (arts. 848, 833, par. único e 759). A preferência também é derogada frente aos créditos privilegiados (art. 1.557), como são exemplos os créditos salariais.

b) O segundo grande critério distintivo alude ao objeto dos direitos reais e de crédito. Nos direitos reais o titular exerce imediatamente os seus poderes sobre a coisa, ou seja, sem a necessidade da cooperação de outrem. Estes apenas não devem interferir no domínio do titular do direito. Diria o Prof. Ebert Chamoun⁴³ que tem estes um dever de abstinência, ou seja, a pessoa deve não fazer o que normalmente não faria. Se ela normalmente não molestaria a propriedade alheia, e deve assim manter-se, trata-se de uma abstinência (em contraposição à tolerância — dever de não fazer o que normalmente faria: caso da servidão de passagem. Normalmente o proprietário repeliria a passagem, mas se a constituiu não repele, ou seja, não faz o que normalmente faria).

43 Apostila do curso de direito civil. *Ministrado na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara em 1972. Impresso sem responsabilidade da cátedra.*

Já os direitos de crédito necessitam da colaboração de um intermediário entre o credor e o objeto da prestação, ou seja, colaboração do devedor. Mesmo nas obrigações de dar coisa certa, é indispensável o ato de entrega da coisa pelo devedor: esta é a prestação, o objeto da obrigação.

Diz-se que no caso dos direitos reais há um direito sobre a coisa e no dos direitos de crédito há apenas um direito à coisa.

c) O terceiro grande critério diz respeito ao fato de atenderem os direitos reais aos princípios do *numerus clausus* e da tipicidade, enquanto para os direitos de crédito vigora o princípio do *numerus apertus* e da liberdade negocial (atipicidade).

Em decorrência do princípio do *numerus clausus*, só se podem constituir os direitos reais previstos na lei (art. 674 e outras leis extravagantes). Em decorrência do princípio da tipicidade não é lícito aos particulares modificar o conteúdo das figuras reguladas na lei.

Inversamente, no que tange aos direitos de crédito, o princípio do *numerus apertus* permite que as pessoas constituam outras relações obrigacionais além das que a lei expressamente prevê, vigorando também a ampla liberdade negocial para que os particulares modifiquem o conteúdo das figuras legalmente previstas.

Este princípio do *numerus clausus* sofre a objeção de alguns autores, que entendem ser possível a criação pelas partes de outros direitos reais que não aqueles previstos em lei. Esta a posição de Washington de Barros Monteiro,⁴⁴ entendendo que não há proibição expressa da criação de novos direitos reais pelas partes, ressalvando apenas o respeito ao princípio de ordem pública. Este também é o pensamento de Afonso Fraga, Lacerda de Almeida, Carvalho Santos e Philadelpho de Azevedo. Afirmam, essencialmente, que no projeto do Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua estava expresso que somente se consideram direitos reais, além da propriedade, os arrolados na lei e que o advérbio somente foi suprimido.

44 BARROS MONTEIRO, Washington de. Curso de direito civil, vol. III, São Paulo: Saraiva, 1997. p. 11.

Parece-me, contudo, que o princípio deve ser mantido, porque: 1) gozando os direitos reais de eficácia absoluta não seria conveniente que os particulares pudessem criar livremente direitos que perturbem o comércio jurídico. Por exemplo, o dono de determinada fazenda que concede ao vizinho o direito de pescar na pequena lagoa ali existente; trata-se de mero direito de crédito. Se ele pudesse revestir de eficácia real a faculdade concedida, esta opor-se-ia a qualquer futuro adquirente do prédio; e, 2), a organização da propriedade e a definição dos instrumentos jurídicos que servem de base à exploração dos bens (sobretudo os imóveis) constituem matérias de interesse de ordem pública.

d) Outras características: os direitos de crédito se extinguem com seu exercício, ao passo que nos direitos reais, o uso dos poderes conferidos ao titular os vivificam; os direitos reais tendem a constituir relações duradouras e até perpétuas, enquanto os direitos de crédito tendem à transitoriedade.

V — OBRIGAÇÕES *PROPTER REM* E OUTRAS FIGURAS HÍBRIDAS

Ao lado dos direitos de crédito e dos direitos reais, surgem algumas figuras híbridas, localizadas em casos limítrofes, em que difícil se afigura o enquadramento em uma das duas espécies de direito subjetivo. São elas um misto de obrigação e de direito real.

A primeira destas figuras é a denominada obrigação *propter rem* ou *ob rem*, ou ainda obrigações reais. Há uma obrigação real sempre que o dever de prestar vincule quem for titular de um direito sobre determinada coisa, sendo a prestação imposta precisamente por causa dessa titularidade da coisa. É o caso da obrigação imposta ao condômino de concorrer para as despesas de conservação da coisa comum (art. 624); da obrigação de os proprietários de imóveis confinantes concorrerem para as despesas de construção e conservação dos tapumes divisórios (art. 588, § 1.º) ou de demarcação entre os prédios (art. 569).

No tocante à sua estrutura, a obrigação real é uma verdadeira relação de crédito. Mas funcionalmente a obrigação real está ligada a determinada coisa, afastando-se dos moldes comuns de transmissão dos direitos de crédito. Na obrigação real, a substituição do titular passivo opera-se por via

indireta, ou seja, com a aquisição do direito sobre a coisa a que o dever de prestar se encontra ligado: se alguém adquirir uma quota do condomínio, é sobre o novo condômino que recai a obrigação de concorrer para as despesas de conservação da coisa.

As obrigações *propter rem* têm, portanto, conotação dos direitos reais e dos direitos de crédito. Guardam traços de ambos. A dívida na obrigação *propter rem* surge da proximidade do devedor com a coisa, tal qual nos direitos reais, ainda que o obrigue pessoalmente a um certo credor. No caso do condomínio, é a pessoa, o condômino, que está obrigada; no entanto, aquela obrigação deflui do fato de ser aquela pessoa o proprietário. No momento em que aliena o imóvel, o devedor deixa de ser ele e passa a ser o novo condômino. Constitui característica básica das obrigações reais o fato de o devedor liberar-se a partir do momento em que ele abandona a coisa, diz respeito a este a dívida contraída até o momento em que ele é titular. As obrigações reais se diferenciam dos ônus reais, como adiante melhor se explicitará, pois que este corresponde a um dever jurídico de natureza real, que incide sobre o direito de propriedade, sobre o direito real alheio.

O acima referido modo especial de substituição (ou sucessão) só vigora, no entanto, enquanto a obrigação real, continuando ligada a determinada coisa, se não autonomiza. Por exemplo, o adquirente de uma quota do condomínio deve concorrer para as despesas a partir da data da aquisição, não respondendo pelos débitos anteriores. Verdadeira subversão a esta regra foi a norma originalmente prevista pelo art. 4.º, parágrafo único, da Lei n.º 4.591, de 1964 (Lei de Condomínios e Incorporações), regedora do condomínio especial, que responsabilizava o adquirente da fração autônoma do condômino pelos débitos do alienante em relação ao condomínio (hoje, este dispositivo determina a prova da quitação no ato da alienação).

Outra consequência importante das obrigações reais refere-se à possibilidade de exoneração do devedor, o que ocorrerá com o chamado abandono liberatório. Pode o devedor exonerar-se da obrigação correlativa, renunciando ao direito sobre a coisa, ou seja, abandonando-a, tal qual acontece com os direitos reais. É o caso do inventor, previsto pelo art. 604 do Código Civil: o dono da coisa achada pode exonerar-se da recompensa a menos que o dono prefira abandoná-la.

Outra destas figuras híbridas alude aos ônus reais. Os ônus reais são também verdadeiras obrigações, normalmente de prestações periódicas, que recaem sobre o titular de determinada coisa, e que, uma vez constituídas, ficam ligadas à coisa, como, *e.g.*, a renda constituída sobre determinado imóvel (arts. 1.424).

Também aqui a obrigação recai sobre quem for o titular de determinada coisa. A diferença é que nas obrigações reais o titular da coisa só responde, em princípio, pelos vínculos constituídos na vigência do seu direito. O condômino que adquiriu o seu direito em 1997 não responde pelas despesas de conservação da coisa comum relativas ao ano de 1995 ou 1996. Já no ônus real, porém, o titular da coisa responde mesmo pelo cumprimento de obrigações constituídas antes da aquisição do seu direito: a obrigação pelo pagamento da renda constituída sobre imóvel incumbe ao adquirente do prédio gravado, mesmo em relação às rendas vencidas antes da alienação (art. 750).

Também considera a doutrina ônus reais os impostos relativos a imóveis, tal qual o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), obrigando-se o adquirente do imóvel a pagar os impostos em dívida relativos à coisa adquirida, mesmo os relativos a exercícios anteriores à alienação.

Para exprimir essa idéia, diz-se, por vezes, que nos ônus reais quem deve é a coisa e não a pessoa.

A terceira destas figuras híbridas alude às obrigações com eficácia real. São aquelas que, sem perderem o seu caráter essencial de direitos a uma prestação, de direitos de crédito, se transmitem ou são oponíveis a terceiros que adquiram direito sobre determinada coisa. É o caso típico da locação quando oponível ao terceiro adquirente da coisa locada (art. 8.º da Lei n.º 8.245, de 1991). São as obrigações do locador para com o locatário, que, ao contrário da regra da eficácia relativa dos direitos de crédito, se transmitem ao novo titular do domínio sobre a coisa.

No caso das obrigações reais, trata-se de vínculo que, nascendo sem destinatário determinado, recai sobre quem quer que seja o titular de um direito sobre a coisa, a transmissão da obrigação faz parte do estatuto real do instituto em jogo. Na hipótese das obrigações com eficácia real, a lei

estende a terceiros os efeitos de uma obrigação (ou de uma posição contratual) constituída entre determinadas pessoas, sem que tal obrigação faça parte do conteúdo do direito real adquirido pelo terceiro.

VI. O CONDOMÍNIO DE FATO E O PROBLEMA DA OBRIGATORIEDADE DE CONTRIBUIR PARA AS DESPESAS COMUNS

Conforme asseverado na introdução do presente trabalho, traz-se a lume tema de grande relevo e interesse prático, relacionado com os efeitos causados pelo surgimento dos chamados condomínios de fato, antes com o fito de provocar uma maior reflexão, sob a luz dos conceitos e dos posicionamentos teóricos acima colacionados, do que outorgar uma solução definitiva para os problemas apresentados.

O chamado condomínio de fato, atípico ou irregular vem se proliferando nas grandes cidades. Correspondem àqueles aglomerados de proprietários que se reúnem informalmente, comportando-se como condôminos sem que haja, no entanto, uma efetiva situação condominial. É o que ocorre normalmente quando se colocam guaritas em certas ruas com cancelas. Tais ruas constituem vias públicas, não se inserindo numa estrutura condominial. Os moradores daquela comunidade, porém, convivem como se estivessem no âmbito de uma relação condominial; por isso são chamados de condomínios de fato, irregulares ou atípicos.

O fato é que, diante da violência urbana e da carência de serviços públicos que deveriam ser prestados pelos entes políticos responsáveis, nas grandes cidades começaram a se proliferar estas situações em que os próprios moradores se reúnem em associações de moradores ou em comunidades informais com o objetivo de financiarem a segurança comunitária e, em alguns casos, serviços que atendam a todos os lotes de moradores, fixando estes o rateamento das despesas suscitadas por tais serviços.

Ab initio, é preciso fazer uma distinção relevante: estes condomínios de fato em muito se diferenciam do chamado condomínio fechado, aquele previsto no art. 8.º da Lei n.º 4.591, de 1964 (Lei de Condomínios e Incorporações). Com efeito, a referida norma prevê a organização condominial em terrenos não edificados, de tal sorte que se tenha um condomínio, ver-

dadeiro e próprio, estabelecido por meio de casas, com ruas internas que são, na verdade, ruas particulares, ou melhor, área comum dos condôminos. Nestes casos, aplica-se *tout court* a Lei 4.591, de 1964, bem como as regras estabelecidas na convenção do condomínio, não havendo dúvida quanto à imposição do rateio das despesas.

Desta forma, ao nos depararmos com uma rua fechada por uma cancela ou uma guarita, teremos que primeiramente analisar a estrutura jurídica desta situação fática a fim de verificar se estamos diante de um condomínio fechado, constituído nos termos do art. 8.º da Lei 4.591, de 1964 — e, nestes casos, tratar-se-á tão-somente do fechamento de uma área comum, pois a rua, constituindo apenas um espaço além dos terrenos ou unidades autônomas, não será um logradouro público —, ou, ao contrário, se estamos diante de um condomínio aparente, cuidando-se na verdade, do ponto de vista jurídico, de um loteamento. Pode-se afirmar, portanto, apropriando-nos das palavras do Prof. Gustavo Tepedino,⁴⁵ que “o condomínio fechado é um condomínio especial com aparência de loteamento; e o condomínio de fato, irregular ou atípico nada mais é que um loteamento com aparência de condomínio”.

Os problemas jurídicos que surgem no condomínio de fato são inúmeros, interessando-nos, neste trabalho, aqueles relativos às despesas geradas por esta estrutura irregular, notadamente as de segurança.⁴⁶ O rateio destas despesas deve se dar entre todos os beneficiários, ou seja, todos os moradores daquela rua atendidos por tais serviços. Quando os moradores que constituem este aparente condomínio criam uma associação comunitária, não há a menor dúvida de que os seus integrantes, como associados, terão que arcar com o rateio das despesas utilizadas para a prestação dos serviços objetivados. O problema se dá quando não há esta associação regularmente efetuada, ou quando existe a associação, mas nem todos os moradores se associam. Indaga-se se, juridicamente, seria possível uma associação compulsória.

45 Novas figuras imobiliárias, *palestra proferida para Tele-Jur Cursos Jurídicos em Vídeo*, 1998.

46 Calha observar que há, no âmbito do Município do Rio de Janeiro, o Decreto n.º 14.168, de 8 de março de 1996, que regulamentou a colocação de guaritas e traves basculantes nos logradouros públicos, não solucionando, porém (até por não se encontrar a matéria na sua esfera de competência), a questão civilística, tratando-se de regra que visa a mera ordenação da situação urbana.

A jurisprudência entende que, em regra, não seria possível esta associação compulsória, ou a imposição de taxas, sob a alegação de que todos os moradores seriam implicitamente associados, já que beneficiados por aqueles serviços. A rigor, nos termos do art. 5.º, inciso XX, da Constituição da República, o associacionismo é essencialmente fruto da autonomia privada; segundo a dicção deste dispositivo, “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”, de sorte que não se poderia pensar numa associação compulsória de tais moradores, pura e simplesmente. A maioria dos julgados entende que em face da liberdade de se associar, tutelada constitucionalmente, não é possível a cobrança de tais taxas, senão quando os moradores, voluntariamente, estejam associados, encontrando-se, portanto, automaticamente vinculados ao pagamento destas despesas.⁴⁷ Por outro lado, alguns julgados consideram que são exigíveis tais taxas de todos os moradores, estejam eles associados ou não. Os julgadores que entendem ser possível a cobrança, ou seja, que entendem ser esta exigível em relação a todos os moradores atendidos pelos serviços, afirmam que esta exigibilidade decorre da proibição do locupletamento sem causa como princípio geral do direito civil brasileiro. Entendem que a exigibilidade decorre do fato de que o legislador não admitiria que um morador pu-

47 Neste sentido: 1) Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, 5.ª Câmara, Ap. 11.882/90, Rel. Juiz Amaury Nogueira, j. em 25/9/91: “Inexistindo condomínio nos termos da lei, mas tão-somente uma sociedade civil constituída com a finalidade de atender aos interesses comuns dos proprietários de imóveis de loteamento, não há cogitar-se de cobrança de cotas condominiais. Exigir-se a permanência de alguém nos quadros de uma associação na qual ingressou espontaneamente, importa em afronta à garantia constitucional assegurada no art. 5.º, inciso XX, da Constituição Federal”; 2) Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, 7.ª Câmara, Ap. 2712/93, Rel. Rudi Loewenkron, j. em 28/4/93: “ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. BEM COMUM. DIREITO À DESVINCULAÇÃO. DISTINÇÃO DE CONDOMÍNIO IRREGULAR. É direito da unidade residencial conforme regra inserida em seus estatutos, deixar de fazer parte de associação de moradores de área delimitada por discordar dos serviços recebidos, quando a integração não indissolúvel. Esse direito adequa-se ao inciso XX do art. 5.º, da C.F. Pedido o desligamento não pode o chamado super-condomínio ignorá-lo, continuando a exercer uma vigilância dispensada e exigindo o preço em contrapartida”; 3) Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, 8.ª Câmara, Ap. 6666/95, Rel. Valéria Maron, j. em 7/8/96: “Cotas condominiais. Condomínio irregular. Inexistência de condomínio regularmente constituído. Reconhecida a presença em juízo do ‘condomínio’ como sociedade de fato, suas decisões só obrigam aos participantes da sociedade, não a terceiros”.

desse se beneficiar dos serviços sem arcar com as despesas.⁴⁸ Há ainda quem fale em abuso do direito de não se associar por parte do morador que, atendido pelos serviços, não queira pagar as despesas. E há ainda quem sustente constituir esta situação uma verdadeira gestão de negócios em favor de todos os moradores associados ou não.

O Superior Tribunal de Justiça, majoritariamente, aderiu à corrente que entende ser exigível a contribuição, mesmo dos moradores não integrantes da associação, com fundamento no princípio que veda o enriquecimento sem causa, sem adentrar no exame da natureza jurídica da obrigação em jogo. Neste sentido, os arestos proferidos pela 4.^a Turma, no Agravo de Instrumento n.º 171.731/RJ, em que foi relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, e pela 3.^a Turma, no Recurso Especial n.º 139.952/RJ, em que foi relator o Ministro Waldemar Zveiter; deste último, a ementa segue abaixo transcrita:

CIVIL — AÇÃO DE COBRANÇA — COTAS CONDOMINIAIS — CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO NÃO REGISTRADA — LOTEAMENTO — CONDOMÍNIO HORIZONTAL

(...)

II — Um condomínio, ainda que atípico, caracteriza uma comunhão e não se afigura justo, nem jurídico, em tal cir-

48 Neste sentido: 1) Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, 4.^a Câmara, ap. 8.016, Rel. Juiz Mauro Nogueira, j. em set/95: “... vigora o princípio da autonomia da vontade, de modo que, ao aderir à constituição de um centro comunitário dentro do loteamento, para desfrute de todos os titulares de unidades autônomas, com serviços próprios de vigilância, conservação e outros, o adquirente do lote assume obrigação de contribuir para as despesas comuns ... O que importa, mais, é que o condomínio tem existência fática, contrata empregados, faz recolhimentos previdenciários. Existe uma administração da área comum”; 2) Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, 7.^a Câmara, ap. 1935/93, Rel. Juiz Rudi Leowenkron, j. em 31/3/93: “Cotas condominiais. Cobrança. Condomínio de fato. Vedação do enriquecimento sem causa. Se o condomínio existe, sendo ele um prédio de apartamentos, há despesas comuns que pedem rateio para que não haja lucros de quem se beneficia dos gastos mas se recusa contribuir com a sua parte”; 3) Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, 7.^a Câmara, ap. 1823/89, Rel. Juiz Pedro Ligiero, j. em 19/4/89: “Loteamento fechado. Condomínio atípico. A falta de jurisdicalização do condomínio não libera a parte de cumprir obrigação que livremente aceitou quando aderiu, na aquisição de sua propriedade, ao rateio das despesas comuns. Condomínio atípico. Eficácia do registro. Efeitos entre partes e ante terceiros”.

cunståncia que um participante, aproveitando-se do ‘esforço’ dessa comunhão e beneficiando-se dos serviços e das benfeitorias realizadas e suportadas pelos outros condôminos, dela não participe contributivamente.

Esta posição, embora louvável para fazer justiça a todos que se sacrificam em prol da comunidade, suscita objeções. Em algumas hipóteses, será evidente o enriquecimento sem causa e, portanto, não será difícil a exigibilidade de tais taxas, mas em outras hipóteses haverá dificuldades em se caracterizar o locupletamento. É o caso de um morador que, não aderindo voluntariamente à associação, se recuse ao pagamento por discordar da administração desta, ou daquele que considera desnecessária esta segurança, por, v.g., possuir meios próprios de vigilância do seu patrimônio.

Não obstante, a despeito da hipótese de adesão voluntária, parece-me que a única construção que poderia vincular o morador não associado — nos casos acima, em que não se poderá caracterizar o enriquecimento sem causa — seria aquela sustentada por alguns juristas,⁴⁹ mas ainda sem uma orientação jurisprudencial e doutrinária segura, relativa à construção de uma obrigação *propter rem* atribuída aos compradores de lotes numa certa localidade. É justamente este o ponto de confluência entre a questão ora apresentada e o tema do presente trabalho.

Com efeito, as noções tradicionais relativas à distinção entre os direitos reais e os direitos de crédito apresentam-se insuficientes para caracterizar e regular as inúmeras relações jurídicas que estão a surgir no cenário jurídico moderno. A própria existência das aludidas figuras híbridas já denunciava, de há muito, tal insuficiência. Uma vez mais, circunstâncias puramente fáticas desafiam as conceituações jurídicas estabelecidas.

Na hipótese ora colacionada, mostra-se insuficiente a simples imputação da responsabilidade por meio do princípio geral da vedação do enriquecimento sem causa. O recurso à instituição de uma obrigação *propter rem*, no momento do memorial descritivo ou da constituição do loteamento, parece ser o único caminho seguro para vincular os proprietários de imó-

⁴⁹ Vide a recente dissertação de mestrado de Danielle Machado Soares, Condomínio de fato — Incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais, *Renovar*, 2000.

veis inseridos neste loteamento ao ingresso na associação comunitária ou ao pagamento das cotas relativas a eventuais despesas comuns. Desta forma, todos os compradores estariam automaticamente vinculados à associação e, portanto, as taxas despendidas por esta associação seriam exigíveis em face de todos os futuros adquirentes, de tal sorte que para se desligar da associação, obrigação *propter rem* que é, teria o morador que se desfazer do próprio lote adquirido, transferindo ao eventual novo adquirente este dever de estar associado. A estipulação convencional de tal obrigação *propter rem* parece encontrar sede legal na própria norma reguladora do parcelamento do solo (Lei n.º 6.766, de 1979), na medida em que esta admite, no ato do registro do memorial descritivo e do próprio registro do projeto aprovado, em que consta o compromisso de compra e venda a ser firmado com os adquirentes, a imposição de limitações — além das constantes nas diretrizes fixadas e na legislação pertinente — convencionais incidentes sobre os lotes e a serem respeitadas pelos futuros compradores (arts. 9.º, § 2.º, II; 18, VI, e 26, VII).

Ademais, parece-me que, segundo a lição de Perlingieri, a qualidade e a intensidade da tutela que reveste a aludida situação jurídica, independentemente de sua caracterização tradicional entre os direitos de crédito ou direitos reais, permite a sua estipulação convencional, atribuindo-lhe um vínculo que deverá ser respeitado pelos futuros adquirentes dos lotes, obrigando-os a integrar a associação comunitária ou ao pagamento das despesas comuns relativas ao loteamento.

Curioso notar que, embora sem adotar uma acepção técnica, alguns julgados tendem a consagrar a imposição deste dever de associação ou contribuição para as despesas comuns do loteamento na hipótese de existir previsão expressa no contrato de compra e venda dos lotes ou em convenção relativa ao loteamento, aos moldes da estipulação de uma obrigação *propter rem* convencional. Neste sentido:

Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro

6.ª Câmara - ap. 9.740/92 - julg. em 8/9/92

Rel. Juiz Nilson de Castro Dião

*“CONDOMÍNIO FECHADO [RECTIUS: DE FATO].
CLÁUSULA CONDOMINIAL VINCULANDO OS
CONDÔMINOS A UMA SOCIEDADE CIVIL DESTINADA A
ZELAR PELAS BENFEITORIAS ALI EXISTENTES, CO-*

MO SÓCIOS CONTRIBUINTES. EFICÁCIA. A liberdade de associação, garantia constitucional, só pode ser invocada, quando se tratar de interesse individual. Mas quando a participação na sociedade é um dever de solidariedade em prol do bem comum do grupo; quando a omissão ou a retirada do sócio significa um prejuízo para a comunidade, que não obstante, continua a gratificar o retirante, pois que o mesmo permanece se beneficiando, ainda que indiretamente, da atividade social, não se pode erigir a faculdade de retirada, como um dogma absoluto, mormente quando o condômino ao adquirir a sua unidade assumiu a obrigação contida na Convenção de integrar a aludida sociedade. Sendo a convenção um ato regra, fonte do direito corporativo, suas disposições têm força cogente. (...)

Sustentam que não podem ser compelidos a permanecerem sócios, contra a vontade já manifestada, conforme a Constituição Federal lhes assegura (art. 5.º, inciso XX).

Asseveram que não há propriedade comum em relação aos logradouros e jardins e que os serviços de esgoto e segurança devem ser prestados pela Prefeitura e pelo Estado. (...)

Os réus não eram obrigados a ingressar na Sociedade Mandala. Bastava que não se tornassem proprietários da unidade residencial que possuem. (...)

A obrigação de ser filiado à firma, enquanto condômino, decorre de disposição expressa constante da Convenção, que é a lei entre os convencionais e que obriga a todos que, posteriormente, se tornarem condôminos.

É o que decorre da cláusula 74.ª: (...)

Portanto, quando os réus adquiriram a sua unidade residencial sabiam que teriam de ser sócios da Sociedade Civil. Enquanto condôminos, permanecem sócios. Têm a liberdade de se desligarem, usando da faculdade de alienação de seu imóvel. É o preço que devem pagar (...)". (Grifos nossos.)

1.º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo
8.ª Câmara Especial – ap. 652.378-8 – j. em 3/1/96
Rel. Juiz Maurício Ferreira Leite

*“Condomínio – Despesas condominiais – Loteamento – **Condomínio de fato** – Benfeitorias existentes, sendo irrelevante a sua não utilização pelo condomínio – Cobrança procedente – Recurso provido. (...)*

A ação tem por objetivo a cobrança de despesas de condomínio, relativas aos lotes que o apelado possui no Condomínio Terras de Santa Rosa.

Acolhendo alegações do apelado, no sentido de que se trata de mero loteamento e não de condomínio regularmente constituído nos termos da lei, a sentença julgou extinto o processo, entendendo que, de fato, não havendo condomínio regularmente constituído, não há suporte legal para a cobrança de despesas desse teor, carecendo o autor de legítimo interesse para o ajuizamento da ação. (...)

Em primeiro lugar, (...) a existência ou inexistência de condomínio instituído na forma da lei, não afasta o espírito que presidiu as partes contratantes, na operação de venda e compra de lotes em condomínio de fato, como habitualmente vem se procedendo modernamente.

Trata-se de um loteamento, é certo, com o evidente intuito de constituir condomínio entre os proprietários adquirentes. (...)

Aqueles que adquirem propriedades nessas circunstâncias, sistemas de loteamentos com conformação de condomínios, têm esse ônus de arcar com as despesas coletivas, tanto que o próprio apelado, no início assim o reconheceu (...). (Grifos nossos.)⁵⁰

Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro
8.ª Câmara – ap. 7772/89 – j. em 20/9/89
Rel. Juiz Décio Xavier Gama

“CONDOMÍNIO ATÍPICO — CASAS EM LOTEAMENTO. Despesas de conservação de manutenção de ruas e serviços comuns efetuadas pela administração no interesse dos convenientes. Cobrança procedente”.

50 Jurisprudência do Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo — JTACSP, vol. 156. p. 67.

Calha observar que, embora os aludidos arestos verifiquem a existência dos elementos inerentes à caracterização de uma obrigação *propter rem*, acabam por justificar a imposição do dever vinculado à coisa por outros motivos, tais como o enriquecimento ilícito, a mera previsão contratual (direito de crédito) ou mesmo admitem tratar-se de condomínio (seja comum, seja especial), mesmo não conseguindo ajustar a figura constatada no caso concreto aos dispositivos legais invocados.

VII — CONCLUSÃO

Por tudo quanto se analisou acima, afere-se que verdadeiramente questionada, desde sempre, se apresenta a destrição entre os direitos de crédito e os direitos reais, variando as doutrinas desde aquelas que pretendem submeter uma categoria à outra àquelas que declaram mesmo impossível a distinção.

Fato é que, como visto, ambas as categorias, a despeito de possuírem pontos de contato, aproximam-se cada vez mais, em parte por força das figuras híbridas detectadas a partir do direito intermédio. Destarte, a doutrina moderna está a buscar solução para o problema por meio de uma nova concepção da própria relação jurídica, recorrendo alguns à noção de situação jurídica, porém sob novas vestes, incrementando o relacionamento dos institutos de direito civil com os princípios insculpidos da Constituição da República. Não assentadas definitivamente as bases desta novel concepção, carecendo ainda encontrar maior ressonância, verificou-se que prevalecem ainda na doutrina, na tentativa de delimitar as aludidas categorias, os pontos de contato e de repelência anteriormente consagrados.

A crise da distinção, todavia, evidencia-se especialmente no momento em que exsurgem novas figuras híbridas, condensando ainda mais a verdadeira zona cinzenta que interliga os extremos das duas categorias. Como visto, da realidade prática emerge a figura do condomínio de fato e suas implicações relativas às obrigações impostas aos “condôminos” no que tange à obrigatoriedade de ingressar em uma associação comunitária e contribuir para a efetivação de despesas comuns. A insuficiência dos institutos conhecidos revela-se na perplexidade da jurisprudência, incapaz de delimitar com um mínimo de tecnicismo os contornos jurídicos da situação fática que lhe é colacionada.

Não obstante, alguns novos modelos foram, neste trabalho, percebidos e revelados, a indicar a contínua busca da doutrina na tentativa de evoluir na concepção da própria relação jurídica — *in casu*, relação jurídica patrimonial —, cujos resultados estão, desde já, a ocasionar alterações na noção dos direitos reais e dos direitos de crédito, assim como nas suas categorias intermediárias. Tais constatações, como inicialmente asseverado, longe de pretender trazer soluções definitivas — que de resto a doutrina não possui —, estabelecem novos pontos de partida para um futuro e mais profundo desenvolvimento do tema, atendendo ao próprio escopo essencialmente provocativo deste curso.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*, 6. ed., Coimbra: Almedina, 1994.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil brasileiro*. Introdução, Rio: Forense, 1991.
- AUBRY et RAU. *Cours de droit civil français*, vol. II, Paris, 1869.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*, vol. III, São Paulo: Saraiva, 1997.
- BESSONE, Darcy. *Direitos reais*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*, trad. para espanhol José Luis de los Mozos, Tomo I, Editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid.
- CARVALHO DE MENDONÇA, M. I. *Introdução ao direito das coisas*, Rio, 1915.
- _____. *Do conceito jurídico dos direitos reais*.
- CARVALHO FERNANDES, Luís A. *Lições de direitos reais*, 2. ed., Lisboa: *Quid Juris*, 1997.
- CHAMOUN, Ebert. *Apostila do curso de direito civil*. Ministrado na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara em 1972. Impresso sem responsabilidade da cátedra.

- COSTA JUNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*, Paris, Librairie Arthur.
- DEMOLOMBE, *Cours de code de Napoléon*, vol. IX, Paris.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I, Coimbra: Almedina, 1997 (reimpressão).
- DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3. ed., Paris, 1927.
- FRAGA, *Direitos reais de garantia*.
- GINOSSARD. *Droit réel, propriété et créance*, Paris, 1960.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*, 10. ed., Rio: Forense, 1991.
- _____. *Introdução ao direito civil*, 13. ed., Rio: Forense, 1998.
- _____. *Obrigações*, 8. ed., Rio: Forense, 1988.
- KANT, Immanuel. *Principes métaphysiques du droit*, Trad. de Joseph Tissot.
- MARTY et RAYNAUD. *Droit civil*, vol. I.
- MENEZES CORDEIRO, A. *Direitos reais*, Lisboa, Lex Ed. Jurídicas, 1993 (reimpressão da ed. de 1979).
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, vol. I, 11. ed., Rio: Forense, 1998.
- _____. *Direito romano*, vol. II, 6. ed., Rio: Forense, 1997.
- NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações*, vol. I, Rio: Forense.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, 10. ed., Rio: Forense, 1987 (1. ed., 1961).
- _____. *Instituições de direito civil*, vol. II, 9. ed., Rio: Forense, 1988.
- _____. *Instituições de direito civil*, vol. IV, 9. ed., Rio: Forense, 1990.

- _____. *Condomínio e incorporações*, 6. ed., Rio: Forense, 1992.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*, 6. ed., Rio: Freitas Bastos, 1956.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, trad. de Maria Cristina de Cicco, 3. ed., Rio: Renovar, 1997.
- PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit Civi*, 7. ed., Paris, 1915, Tomo I.
- PLANIOL/RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*, Paris, 1926, Tomo III.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, São Paulo: Saraiva, 1989.
- ROGUIN. *La science pure*, I e II.
- SAILEILLES, *Théorie générale de l'obligation*.
- SAN TIAGO DANTAS, F. C. *Programa de direito civil*, Rio: Ed. Rio, 1979, vol. I.
- _____. *Programa de direito civil*, Rio: Ed. Rio, 1979, vol. II.
- _____. *Programa de direito civil*, Rio: Ed. Rio, 1979, vol. III.
- _____. *Conflito de vizinhança e sua composição*, Rio: Forense, 1972.
- _____. *Programa de direito civil*, 3. ed., revista e atualizada por Gustavo Tepedino ... [et al], Rio, Forense, 2001.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*, vol. II, 6. ed., Rio: Freitas Bastos, 1995.
- _____. *Curso de direito civil*, vol. I, 8. ed., Rio: Freitas Bastos, 1996.
- _____. *Curso de direito civil*, vol. IV, 4. ed., Rio: Freitas Bastos, 1996.
- SOARES, Danielle Machado. *Condomínio de fato — Incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais*, Ed. Renovar, 2000.
- SORIANO, Manuel Borja. *Teoria general de las obligaciones*, Tomo II, 3. ed., Editorial Porrúa, 1960.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual de direito das obrigações*, Tomo I, 2. ed., Coimbra Editora, 1965.

TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*, São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. “Contornos constitucionais da propriedade privada”. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*, org. por Carlos Alberto M. Direito, Rio: Renovar, 1997.

_____. *Novas figuras imobiliárias*, palestra proferida para a Tele-Jur Cursos Jurídicos em Vídeo, 1998.

VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*, Rio: Forense, 1977.

VILLEY, Michel. *Estudios en torno de la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ed. Universitárias, 1976.

ROUSSEAU, 1923.

_____. *Notions fondamentales de droit privé*, Paris, 1911.

Sobre a natureza jurídica e os fundamentos da Imunidade Recíproca

ROGÉRIO LEITE LOBO*

INTRODUÇÃO. I. IMUNIDADES, PRINCÍPIOS E A IMUNIDADE RECÍPROCA. II. OS FUNDAMENTOS DA IMUNIDADE RECÍPROCA. III. CONCLUSÕES. BIBLIOGRAFIA.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, em seus estreitos limites, tem por objetivo brevíssima investigação da natureza jurídica e dos fundamentos principiológicos sobre os quais repousa a imunidade recíproca. Espera-se demonstrar que a imunidade recíproca é espécie *sui generis* do gênero das imunidades contempladas no Texto Constitucional, a qual, encarnando alto teor axiológico e animada pelo princípio da capacidade contributiva e pelo princípio federativo, exsurge sobranceira no panorama geral das vedações constitucionais tributárias.

I. IMUNIDADES, PRINCÍPIOS E A IMUNIDADE RECÍPROCA

1.1

Parece ainda não haver consenso na doutrina pátria quanto à natureza jurídica das imunidades tributárias, estipuladas no corpo da Constituição Federal de 1988, na Seção II do Capítulo I do Título VI, sob a rubrica “Das Limitações ao Poder de Tributar”.

* Procurador do Município.

Exatamente porque no Brasil — ao contrário do que ocorre na grande maioria dos demais países, estruturados como Federações ou como Estados unitários¹ — a matéria é alçada ao nível constitucional, e dentro do Título relativo às “Limitações do Poder de Tributar”, algumas manifestações doutrinárias tenderam a extrair dessa “localização” a idéia de que as imunidades teriam a mesma natureza jurídica dos demais limites lá arrolados.

Exemplo desse entendimento, que **não distingue** a natureza jurídica das imunidades daquela própria das demais “limitações ao poder de tributar” estipuladas na Constituição, encontra-se no seguinte excerto de lição da lavra de Rubens Go mes de Souza:

*Para completar o estudo do sistema tributário brasileiro, devemos referir certas proibições contidas na Constituição e **que representam limitações da competência tributária da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, ou só de uma ou outra dessas entidades políticas (lembramos que os Territórios são assimilados aos Estados). Estas proibições são as seguintes: (...). C) É proibido à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios lançar impostos sobre (1.º) os bens, rendas ou serviços uns dos outros, sendo que os serviços públicos concedidos a particulares não gozam de isenção, salvo lei especial; (2.º) os templos de qualquer culto, os bens e serviços dos partidos políticos, e das instituições de educação e de assistência social (...). A estas isenções outorgadas diretamente pela Constituição dá-se o nome de imunidades.***²

De se notar que o mestre paulista, co-autor do CTN, arrola, no âmbito dessas “proibições”, tanto os limites ao exercício da competência tributária, que decorrem dos princípios da legalidade, da anterioridade ou da

1 O Prof. Ricardo Lobo Torres menciona a Alemanha e a Argentina — Estados Federados — e a Itália, Espanha e Portugal — Estados Unitários —, como exemplos de países que não contemplam as imunidades em suas Constituições. In: Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, V, III, Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 42.

2 Compêndio de legislação tributária, São Paulo: Res. Tributária, 1982. p. 187.

generalidade, quanto as imunidades em si, igualando-os sob um mesmo gênero que os comportaria a todos, indistintamente.

Cumpra, todavia, estabelecer algumas ressalvas a esse posicionamento.

1.2

De início, há que se constatar que se as “limitações ao poder de tributar”, hoje, são estampadas no corpo da Carta Magna como expressões das **garantias** reconhecidas aos contribuintes no relacionamento com os entes tributantes, correspectivas aos **direitos fundamentais**³ que as informam — estes, por sua vez, hauridos em regra de princípios tributários gerais (legalidade, isonomia, anterioridade, etc.) —, o mesmo fenômeno definitivamente não se poderia vislumbrar no concernente às imunidades; **como regra**, as imunidades antes representam **exceções** àqueles princípios gerais.

É como assevera a Professora e Magistrada Regina Helena Costa, em monografia dedicada ao tema das imunidades, onde, após ressaltar as características da generalidade e da abstração próprias dos princípios, assim as distingue dos contornos inerentes às imunidades:

*Já as imunidades são normas aplicáveis a situações específicas, perfeitamente identificadas na Lei Maior. Neste aspecto, pois, reside a primeira distinção entre os princípios e as imunidades. À generalidade e à abstração ínsitas aos princípios contrapõe-se a especificidade da norma imunizante.*⁴

A mesma distinção faz Misabel Derzi, alertando ainda para o fato de que as imunidades, “como normas que retiram certos fatos ou pesos do âmbito de abrangência das normas atributivas de poder”, determinam antes a “inutilidade” da observância daqueles princípios próprios do direito tributário.⁵

3 Quanto à inconfundibilidade substancial entre os **direitos fundamentais** estatuídos na Constituição e suas respectivas **garantias**, vide: NOVELLI, Flávio Bauer. “Norma Constitucional Inconstitucional?”. In: RDA 199. p. 25 e ss.

4 Imunidades tributárias, São Paulo: Malheiros, 2001. p. 36-37.

5 “Notas de atualização” ao livro Limitações constitucionais ao poder de tributar, de Aliomar Baleeiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 232.

Mesmo que se admita, na esteira do entendimento expressado por Roque Antonio Carrazza, que “a maioria das imunidades contempladas na Constituição é uma decorrência natural dos grandes princípios constitucionais tributários, que limitam a ação específica de exigir tributos (igualdade, capacidade contributiva, livre difusão da cultura e do pensamento, proteção à educação, amparo aos desvalidos, etc.)”⁶ — e na verdade não são estes **todos** exatamente **princípios constitucionais tributários** —, importante será perceber que, em regra, para o que aqui se quer expor, as imunidades **excepcionam** os princípios maiores que orientam o fenômeno tributário pautado na generalidade da busca dos “signos presuntivos de riqueza”,⁷ que surgem na sociedade como potenciais anteparos da incidência dos gravames.

1.3

Afastada então a idéia que pretenderia identificar a natureza jurídica inerente aos princípios que informam as demais “limitações ao poder de tributar” à que se plasma nas imunidades — pelo só fato de constarem do mesmo Capítulo da Constituição Federal —, resta indicar, ainda que brevemente, como tem se comportado a doutrina pátria no esforço de delinear um arcabouço jurídico específico para as imunidades.

Ricardo Lobo Torres, em empreitada sistematizante, segrega em dois grandes grupos as correntes que vislumbra haver na doutrina brasileira, ambos irmanados na tese da “autolimitação da competência tributária”, e ambos também, segundo seu sentir, maculados por um excessivo “formalismo”, que os impediu de retirar das imunidades sua verdadeira essência, relacionada aos direitos humanos.⁸

Daí que aloca em um primeiro grupo aqueles autores que vêm nas imunidades uma autolimitação ao poder de tributar que surge **concomitante** à sua própria constituição (do poder de tributar) —, e nesse grupo inclui Gilberto de Ulhôa Canto, Celso Bastos, Sampaio Dória, Geraldo Ataliba e Sacha Calmon —, congregando no segundo grupo os doutrinadores que

6 Curso de direito constitucional tributário, São Paulo: Malheiros, 1999. p. 464.

7 BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário, São Paulo: Saraiva, 1963. p. 458 e ss.

8 Op. cit., p. 48.

advogam a “tese da constituição ilimitada do poder tributário e da ulterior supressão, no próprio texto constitucional, da competência tributária dos diversos entes políticos”, tais como Amílcar Falcão, Paulo de Barros Carvalho, Bernardo Ribeiro de Moraes e J. Souto Maior Borges.⁹

Após criticar as duas correntes, o mestre carioca propõe que as imunidades decorrem do “preexistente direito às liberdades” — portanto anteriores ao próprio poder tributário —, conceituando-as como

*(...) a intributabilidade, impossibilidade de o Estado criar tributos sobre o exercício dos direitos da liberdade, incompetência absoluta para decretar impostos sobre bens ou coisas indispensáveis à manifestação da liberdade, não incidência ditada pelos direitos humanos e absolutos anteriores ao pacto constitucional.*¹⁰

É verdade que os autores que, no Brasil, se debruçaram sobre o tema das imunidades tributárias, em sua imensa maioria, extraíram diretamente da “constitucionalização” do instituto a pedra de toque de suas manifestações. Amílcar Falcão, por exemplo, dispôs que “a imunidade é, assim, uma forma de não incidência pela supressão da competência impositiva para tributar certos fatos, situações ou pessoas, por disposição constitucional”,¹¹ em diapasão similar ao depois utilizado por J. Souto Maior Borges, que vê na imunidade uma “hipótese de não incidência tributária constitucionalmente qualificada”.¹² Aí o “formalismo” (ou “neopositivismo”) criticado por Ricardo Lobo Torres, ao indicar haver fonte anterior à Constituição, ao próprio poder tributário — os direitos humanos fundamentais —, de onde as imunidades extraem sua primeira razão de ser.

Por outro lado, e curiosamente, apenas uns poucos autores enxergam variações axiológicas dentre as várias “espécies” de imunidades que a Carta Magna contempla. Não há maior preocupação em indagar, por exemplo, se a regra que impede a incidência de impostos sobre o papel destinado à

9 Idem, *Ibidem*. p. 49-50.

10 Idem, *Ibidem*. p. 51.

11 Fato gerador da obrigação tributária, *Rio de Janeiro: Forense*, 1996. p. 117.

12 Teoria geral das isenções tributárias, *São Paulo: Malheiros*, 2001. p. 181.

impressão é **permeada por valores da mesma importância** que a regra que estabelece a imunidade recíproca. Para os chamados “neopositivistas”, a questão parece ser desimportante, pois a idêntica chancela constitucional igualaria **em valor** todas as imunidades; já para os “neonaturalistas”, a equalização axiológica resultaria da origem comum de todas as imunidades: os direitos humanos fundamentais.

Interessante a esta altura notar que Aliomar Baleeiro, em seu clássico *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, não se arvora em buscar uma “natureza jurídica comum” a todas as imunidades estampadas na Constituição. Se por um lado não deixa de constatar que a chancela constitucional as remete a todas a um mesmo regime jurídico (o constitucional), não parece, daí, extrair ilações outras que extravasem essa realidade, como tentam fazer os autores “neopositivistas”. Noutro giro, se reconhece haver valores anteriores que legitimariam cada qual das imunidades *per se*, nem por isso os aloca (os valores) em nível sobranceiro, único e comum, na forma postulada pelos “neonaturalistas”.¹³

Essa percepção consolida um importante avanço na idéia que este trabalho se propõe a expor, alavancando uma de suas premissas: não apenas as imunidades possuem natureza jurídica inconfundível com a inerente às demais “limitações” estampadas na Carta Magna; antes e além, **não há entre as próprias imunidades uma mesma natureza jurídica comum que as reúna ou congrege em seus enleios abrangentes e exclusivos.**

1.4

É possível mesmo que a “constitucionalização” das imunidades — essas regras que excepcionam as características da abstração e da generalidade próprias dos princípios que informam o fenômeno tributário —, como operada no Brasil desde a Carta de 1891, tenha determinado certo exagero da doutrina no lidar com o tema por aqui, valorizando em demasia essa

¹³ Diferentemente dos autores que o sucederam no estudo da matéria, em sua obra, o mestre baiano não elabora um “capítulo comum” a todas as imunidades, nem formula uma “teoria unificadora” que pretendesse englobar todas elas, amarrando-as pela natureza jurídica; ao contrário, ao abordar as imunidades o faz em capítulos distintos e separados, indicando suas origens distintas e efeitos não necessariamente idênticos. In: Op. cit., Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 225 e ss. (imunidade recíproca). p. 307 e ss. (imunidade dos templos, entidades assistenciais e políticas). p. 339 e ss. (imunidade dos livros e periódicos), etc.

“constitucionalização”, em detrimento de uma análise mais específica de cada uma das vertentes que, ao final, deságuam nas normas constitucionais em si, impeditivas da tributação.

A doutrina estrangeira em geral não chegou a desenvolver uma teoria específica para as imunidades, colocando-as em um mesmo patamar que as isenções e as demais **normas exonerativas do dever tributário**. O argentino Guiliani Fonrouge não se mostra especialmente impressionado com a ênfase que os autores brasileiros costumam dar à matéria:

La doctrina brasileña ha profundizado en el tema, en parte por preocupación científica, pero en gran medida por particularidades del sistema constitucional. Es así que algunos distingos que ella propicia no parecen tener sustentación entre nosotros, ni los creemos aptos de generalización. (...).

En cambio, cuando la no incidencia (no sujeción) es calificada por disposición constitucional, recibe el nombre de inmunidad. En su esencia jurídica es lo mismo que la no incidencia pura y simple, pero tiene el aditamento de una norma constitucional que la consagra.¹⁴

Já o professor italiano Victor Uckmar, após arrolar alguns exemplos de “desonerações e isenções tributárias” incorporadas em Constituições de Estados da América Latina — e o Brasil serve a vários comentários —, não se furta em questionar com certa veemência a legitimidade dessa prática, que, como já frisado, excepciona o princípio da generalidade da tributação:

Em alguns Estados, apesar de ser acolhido o princípio da igualdade perante a lei fiscal, e, portanto, da generalidade da imposição, considerou-se oportuno estatuir, mediante normas de caráter constitucional, isenções a favor de determinados bens e atividades; e isto para a persecução de fins de interesse superior (por exemplo, religioso ou cultural) ou para evitar que, sob a aparência de gravames fiscais, fossem realizadas perseguições (por exemplo, por motivos políticos).¹⁵

14 Derecho financiero, vol. I, Buenos Aires: Depalma, 1970. p. 298-299.

15 Princípios comuns de direito constitucional tributário, São Paulo: Malheiros, 1999. p. 71.

Também a lição do autor português Diogo Leite de Campos é que não haveria distinção essencial entre as isenções e as imunidades, além do fato de que estas são estipuladas no Texto Constitucional, e aquelas em normas de hierarquia inferior.¹⁶

Essa indiferença da doutrina estrangeira quanto às imunidades tributárias, entretanto, se obviamente não mitiga a pertinência (e a importância) do estudo específico do tema no Brasil — onde, afinal, para o bem ou para o mal, sofreu positividade constitucional —, propiciará também, noutro passo, colocar em perspectiva aquelas **nuances axiológicas** antes referidas, existentes entre as várias vedações inseridas na Carta Magna, alcunhadas indiscriminadamente de imunidades tributárias.

Com efeito, **vistas sob o enfoque dos valores intrínsecos que as permeiam e que pretendem justificar-lhes a existência**, as várias e variadas normas exonerativas tributárias constantes da Constituição Federal de 1988 — que a doutrina majoritária a todas chama “imunidades” —,¹⁷ exsurgem com gigantescas dissimilaridades, inconfundíveis mesmo.

Sem descambar para a casuística, e aproveitando o exaustivo e curioso rol elaborado por Yoshiaki Ichihara,¹⁸ não há como deixar de perceber quão danoso para o estudo das imunidades é não distinguir a regra que impede a incidência do ITBI sobre a cisão das empresas (art. 156, § 2.º, I, da CF/88) daquela que veda gravar os templos de qualquer culto (art. 150, VI, *b*, da CF/88). Enquanto a primeira decorre de mera política fiscal, sem fundamento de cunho mais profundo, esta última, por seu turno, tem por escopo preservar a liberdade de religião no Brasil, que se quer um país laico — haurindo, portanto, sua legitimação em um valor de inegável densidade social e política.

16 *Fazendo uso de certa tautologia, o mestre lusitano assevera que “as isenções constitucionais são as que estão estabelecidas na Constituição, ao contrário das isenções ordinárias que estão previstas nas leis ordinárias”.* In: Direito tributário, Coimbra: Almedina, 2000. p. 363.

17 Yoshiaki Ichihara foi capaz de listar exatamente vinte e oito “imunidades” que encontrou na CF/88, colocando em um mesmo patamar, *p. ex.*, a “imunidade das taxas na celebração do casamento civil” e a “imunidade recíproca”, sem as distinguir a não ser por seus efeitos. In: Imunidades tributárias, São Paulo: Atlas, 2000. p. 194-195.

18 *Vide nota supra.*

Diante desse singelo mas sintomático exemplo — ao qual vários outros poderiam ser somados — pode-se afirmar que existe verdadeira **hierarquia axiológica** a diferenciar as normas exonerativas positivadas na Carta Magna de 1988. Se todas podem ser chamadas de “imunidades”, como quer o autor paulista acima mencionado, algumas inegavelmente projetam suas raízes históricas, sociais e políticas em profundidades não alcançadas por outras.

1.5

Consignado, pois, que sob essa **hierarquia de valores** há “imunidades e imunidades” expressas na Constituição, uma delas se sobressai como aquela que talvez carregue um *plus* de diferencial no cotejo com todas as demais, tanto porque estaria alocada no topo dessa cadeia axiológica quanto porque configuraria exceção àquela regra de que as imunidades (concretas e específicas) funcionam como **normas derogatórias** dos princípios (absolutos e gerais): trata-se da imunidade recíproca.

Viu-se no início desta exposição, com o auxílio do magistério de Flávio Bauer Novelli, que, em regra, as “limitações ao poder de tributar” estatuídas na Constituição representam as **garantias** correlatas aos **direitos fundamentais** reconhecidos aos cidadãos no relacionamento com os entes tributantes. Viu-se também que esses **direitos fundamentais** decorrem de **princípios tributários** plasmados no Texto Maior, e que as imunidades, por direcionarem sua normatividade para alcançar situações específicas e concretas — retirando-as daquele universo geral e abstrato alcançado pelos princípios —, não podem ser com estes confundidas, afastando-se ontologicamente das “limitações” em si.

Ocorre que a imunidade recíproca — positivada hoje no art. 150, VI, *a*, da CF/88 —, ao contrário das demais “imunidades”, surge não apenas como uma norma que derroga os princípios que ordenam a generalidade da tributação: **nela própria se exprimem também princípios outros, de importância e envergadura da mesma forma vitais à Ordem Constitucional.**

Por isso que alguns autores vêm na imunidade recíproca aquela única que, de todas, deveria ser como tal **ontologicamente reconhecida**, uma vez que, muito além de servir de garantia aos direitos funda-

mentais que nela se plasmam, consagraria em seu bojo tanto o **princípio federativo** quanto o **princípio da capacidade contributiva**, extravasando aquelas barreiras da concretude e da especificidade, próprias das imunidades, para alcançar inédita normatividade (para as imunidades) de natureza abstrata e geral.

É nessa linha de idéias que Regina Helena Costa expõe sua convicção quanto à excepcionalidade da imunidade recíproca, no cotejo com as demais “imunidades” trazidas na Constituição:

Excepcionalmente, porém, tal não ocorre. É o que se verifica na hipótese de imunidade ontológica, a qual é dedutível de um princípio, que tanto inspira e fundamenta a norma atributiva de competência, quanto respalda a imunidade. Nessa situação a imunidade representa consequência necessária, expressa ou implícita, de um princípio.

É o caso da imunidade recíproca das pessoas políticas, derivação necessária dos princípios federativo e da autonomia municipal.¹⁹

Também Aurélio P. Seixas Filho — que, tal qual os doutrinadores estrangeiros acima referidos, não vê distinção essencial entre as isenções e as imunidades — concede honrosa posição *a lettere* à imunidade recíproca, em função de sua origem na “ausência de capacidade contributiva das pessoas jurídicas de direito público” e na “ponderação de critérios políticos”. “Assim, ressaltando-se a particularidade da imunidade recíproca, as demais hipóteses de imunidades tributárias não passam de isenções sediadas na Constituição Federal, distinguindo-se das demais isenções por este específico fator de ser a norma jurídica restrita de hierarquia superior às normas jurídicas ordinárias”.²⁰

No mesmo diapasão de conceder *status* diferenciado à imunidade recíproca, leciona Ricardo Lobo Torres, ao asseverar: “A intributabilidade dos entes públicos no federalismo é vera imunidade, porque essencial à sobrevivência do regime e à afirmação da liberdade”.²¹

¹⁹ Op. cit., p. 37-38.

²⁰ Teoria e prática das isenções tributárias, Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 63 a 65.

²¹ Op. cit. p. 221.

Misabel Derzi não discrepa desse entendimento, embora pareça entender que o incorporar a abstração e a generalidade dos princípios não é privilégio da imunidade recíproca, pois que também as entidades assistenciais, além das pessoas políticas, não possuiriam capacidade contributiva.²² A Prof.^a Regina Helena Costa, em correto aparte, todavia, separa a imunidade recíproca (que chama “imunidade ontológica”) das demais imunidades do art. 150 da CF/88 (que chama “imunidades políticas”), sustentando que apenas às pessoas jurídicas de direito público é reconhecida a falta de **capacidade contributiva** como atributo subjetivo que obsta a incidência de exações tributárias.²³

Há mesmo autores — como Paulo de Barros Carvalho e a própria Misabel Derzi, na esteira dos ensinamentos de Francisco Campos, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Geraldo Ataliba — que pontificam a existência implícita de um “princípio da imunidade recíproca”, ao postular que mesmo não fosse explicitada na Carta Magna, essa imunidade continuaria viva e tutelável, “como corolário indispensável da conjugação do esquema federativo de Estado com a diretriz da autonomia municipal”.²⁴

II. OS FUNDAMENTOS DA IMUNIDADE RECÍPROCA

2.1

De tudo o que até aqui se expôs, então, percebe-se haver firmes esteios doutrinários que elevam a imunidade recíproca como sobranceira às demais vedações do mesmo gênero contempladas na Constituição. O extrato desses entendimentos parece brotar diretamente dos fundamentos principiológicos que a informam, e estes, por seu turno, alojam-se no **princípio da capacidade contributiva** e no **princípio federativo**.

Ainda que *en passant*, nos estreitos limites deste trabalho, faz-se mister aprofundar o exame de cada um desses fundamentos, indicados pela doutrina como legitimadores da imunidade recíproca.

22 Op. cit. p. 227.

23 *Como será visto mais à frente, a convicção de Regina Helena Costa resulta da plena compreensão das lições de Dino Jarach, plenitude que outros autores não lograram alcançar.*

24 Curso de direito tributário, São Paulo, Saraiva: 1991. p. 120.

2.2

De há muito se discute quanto à existência ou não de **capacidade contributiva por parte dos entes públicos**, indagando se poderiam, legitimamente, ser alocados no pólo passivo das relações jurídico-tributárias, na qualidade de contribuintes de exações cobradas por outros entes públicos, titulares de competência impositiva.

No contexto dessa discussão, em sua obra clássica *Hacienda y derecho*, e após tecer considerações sobre a “capacidade tributária” das pessoas físicas e jurídicas, Sainz de Bujanda conclui que também as pessoas jurídicas públicas podem sujeitar-se a gravames impostos por outras, a não ser que exoneradas por regras específicas ditadas por razões de política fiscal:

Reconocida la capacidad tributaria de las personas jurídicas, sin distinción alguna, es claro que aquélla tanto corresponde a las personas jurídicas privadas como las personas jurídicas públicas y, entre estas últimas, tanto las entidades territoriales autárquicas (v.g.: municipales o provinciales) como las entidades institucionales (v.g.: organismos autónomos). (...). Ciertamente, se advierte una tendencia muy general a exonerar de impuestos estatales a los municipios o provincias, pero esa orientación se inspira en criterios de política financiera y suele articularse técnicamente por medio de exenciones reconocidas a favor de los entes locales, lo que prueba, precisamente, que tales entes tienen capacidad jurídica tributaria, es decir, aptitud para ser sujetos pasivos de la imposición estatal.²⁵

Da mesma forma entende A. Berliri, refutando a tese de Scoca; a inexistência de “soberania” ou de “poder de império” entre os entes públicos em geral impediria que uns sujeitassem os outros aos seus gravames. Sua conclusão, como a de Sainz de Bujanda, é de que não havendo regra legal específica isentando do recolhimento do tributo, este será normalmente devido pelo ente público:

25 Hacienda y Derecho, vol. V, Madrid: Inst. de Estudios Políticos, 1967. p. 326.

En fin, si la ley nada dice sobre el particular, es evidente que el problema deberá resolverse sobre todo con arreglo a la intención del legislador, y como por lo general el Estado está sujeto a los reglamentos delegados de los municipios e de las provincias, nos parece que, en ausencia de graves elementos en contrario, debe estimarse que la autorización para establecer el tributo supone también la autorización para aplicarlo al Estado.²⁶

Para esses autores, portanto, as pessoas jurídicas de direito público possuem plena capacidade contributiva, e, tal qual as pessoas privadas, podem ser submetidas à incidência tributária relacionada à competência impositiva alheia, cumprindo ao legislador, se assim quiser, isentá-las dos gravames por razões de política fiscal.

Há entretanto na doutrina também posicionamento diametralmente oposto, e da lavra de autor de envergadura equivalente aos mestres acima citados. O ítalo-argentino Dino Jarach avança no estudo da estrutura interna do fato impositivo tributário para, ao final, demonstrar que a **ausência de substrato econômico nos atos da Administração Pública** implica reconhecer faltar, aos entes públicos e às suas instrumentalidades, a capacidade contributiva imprescindível à sujeição passiva tributária:

O presuposto de fato de todo imposto tem natureza econômica, consiste em uma atividade ou situação econômica, da qual resulta capacidade contributiva. A capacidade contributiva significa apreciação por parte do legislador de que o fato econômico que se verificado para o sujeito lhe permite subtrair uma soma de dinheiro de suas necessidades privadas para destiná-la a contribuir aos gastos públicos. Mas estes conceitos básicos do fato impositivo não possuíam sentido se o fato impositivo se atribuisse ao Estado ou às entidades públicas ou às dependências delas. As situações ou as atividades econômicas das mesmas nunca representam capacidade contributiva porque toda a riqueza-

26 Principios de derecho tributario, vol. 1, trad. Fernando Vicente-Arche Domingo, Madrid: De Derecho Financiero, 1964. p. 287.

*za do Estado já serve diretamente às finalidades públicas, e seria sem sentido atribuir-lhe uma capacidade de contribuição às finalidades para as quais toda sua atividade e sua existência estão destinadas.*²⁷

A argumentação é convincente, e ataca a questão sob enfoque ignorado pelos autores anteriormente citados, atinente à própria materialidade do objeto da tributação, que deve ser a riqueza não vinculada a um fim público, exatamente para que, pela atividade fazendária, venha a ter parcela apartada e levada aos cofres públicos no rateio do custeamento dos serviços públicos. Se a riqueza já está indelevelmente vinculada a este fim público, então não há por que retirá-la e reciclá-la na máquina estatal: esta riqueza não é signo presuntivo de capacidade econômica.

É preciso lembrar que no Brasil vigoram os **princípios orçamentários da universalidade e da especialidade** (CF/88, art. 165, § 5.º, e art. 167), segundo os quais todas as receitas e despesas são contempladas no orçamento público abrangente das suas destinações e vinculações, com “fixação quantitativa, qualitativa e temporal dos créditos e débitos públicos”,²⁸ não se admitindo sobras ou desvios que, de alguma maneira, pudessem mitigar a integral destinação das receitas aos fins públicos, e, conseqüentemente, empanar a ausência de capacidade contributiva das pessoas jurídicas de direito público.

Por isso o magistério de Dino Jarach assume aqui especial pertinência, tendo já repercutido na doutrina pátria, como antes se viu, nas abalizadas vozes de Misabel Derzi e de Paulo de Barros de Carvalho, nas lições de Ruy Barbosa Nogueira²⁹ e, especialmente, na feliz percepção de Regina Helena Costa:

27 O fato imponible, *trad. Dejalma de Campos. São Paulo: RT, 1989. p. 178-179.*

28 TORRES, Ricardo Lobo. O orçamento na constituição, *Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 205 e 210.*

29 *O professor da USP, na verdade, parece desvirtuar um pouco a lição original de Jarach, ao pretender estender a “incapacidade contributiva” também aos demais entes destinatários de outras imunidades pela CF/88 — como as entidades de educação e assistenciais —, pelo mero fato de constarem do Texto Maior. Não é assim, todavia, quando se atenta para a distinção entre imunidades ontológicas e imunidades políticas, como faz Regina Helena Costa, cf. nota a seguir.*

A imunidade tributária pode qualificar-se como ontológica ou política. Ontológica é a chamada imunidade recíproca das pessoas políticas, que não se constitui, contudo, numa exceção ao princípio em estudo [da capacidade contributiva], visto que tais pessoas não possuem capacidade contributiva, pois seus recursos destinam-se à prestação dos serviços públicos que lhes incumbem.

(...)

As imunidades tributárias de natureza política (Art. 150, VI, “b” a “e”, da CF), assim como as isenções políticas, beneficiam, em regra, pessoas que detêm capacidade de contribuir, diferindo destas pelo seu status constitucional.³⁰

Com efeito, a essência da lição de Dino Jarach é captada com especial argúcia pela autora acima mencionada, quando, ao contrário de outros autores, não pugna estender aos beneficiários das demais imunidades do art. 150 da CF/88 (as “imunidades políticas”) a falta de capacidade contributiva própria das pessoas políticas: é que tal qualificação decorre não da regra imunizante em si, mas antes da vinculação da riqueza dos entes públicos a fins também públicos, o que claramente não ocorre com os beneficiários das “imunidades políticas”.

Daí que, no âmbito do que se expõe neste trabalho, o **princípio da capacidade contributiva** exsurge, sem dúvida, como firme fundamento da imunidade recíproca — e **apenas** da imunidade recíproca, não das demais “imunidades” previstas no Texto Maior.

2.3

Quanto à imunidade recíproca ser também corolário do **princípio federativo** — compreensão que é absolutamente majoritária na doutrina e na jurisprudência pátrias, como se verá —, outra gama de considerações merece destaque.

Como se sabe, provêm da experiência norte-americana os insumos que no Brasil desembocaram na tese da imunidade recíproca como consequência

30 Princípio da capacidade contributiva, São Paulo: RT, 1996. p. 71.

da forma federativa do Estado. O famoso voto do Juiz Marshall no caso *McCulloch vs. Maryland* — e sua frase, mais famosa ainda: “the power to tax involves the power to destroy” — terá servido de paradigma para a norma inserta na Constituição Republicana de 1891, a qual, segundo consta, de início previa tão-somente o impedimento de que a União Federal sofresse tributação dos Estados, tendo sido aditada a mão por Rui Barbosa com a expressão “e reciprocamente”, nascendo, aí, a hoje chamada imunidade recíproca.

Este breve trabalho não comportará um apanhado ou uma análise histórica do tema, bastando frisar que tanto nos Estados Unidos da América (cuja Constituição, aliás, nada dispõe sobre o assunto) quanto no Brasil a ortodoxia do primeiro momento — que vedava de forma absoluta a sujeição tributária de um ente federativo por outro — cedeu paulatinamente a uma flexibilização que, agora, admite sem maiores traumas que apenas as atividades inerentes às funções de governo são beneficiadas pela regra imunitória.

Na verdade, a dinâmica norte-americana desenvolveu-se diversamente, de maneira que lá não mais existe uma imunidade que se possa dizer **recíproca** — como a que ainda vigora no Brasil —, pois desde 1946, sob a égide do “New Deal”, com o precedente do caso *New York vs. United States*, quando a Corte Suprema permitiu que o governo federal tributasse a água mineral produzida pelo Estado, desequilibrou-se em definitivo a balança em favor do ente central, como explica Bernard Schwartz:

A lei da isenção fiscal intergovernamental no sistema federal americano não se caracteriza mais pela isenção equivalente dos estados e nação. Os estados estão agora isentos da tributação federal somente no que concerne às atividades consideradas essenciais à sua continuação como Governo independente. (...). O Governo federal, por outro lado, continua inteiramente isento da tributação dos estados. A isenção das repartições federais não depende de sua natureza ou da natureza de suas atividades. Quer as suas funções sejam consideradas essenciais ao Governo ou não, elas continuam inteiramente fora do alcance do poder de tributação dos estados.³¹

31 Direito constitucional americano, *Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 228, trad. Carlos Nayfeld.*

O cotejo com o atual estágio do direito, que lhe serviu de paradigma, parece indicar que o Brasil teria caminhado quase que sozinho na exacerbação do trato da imunidade recíproca, fato que não passou despercebido a Giuliani Fonrouge, como se depreende do seguinte comentário: “*La Constitución del Brasil acogió desde 1891 la doctrina de la inmunidad, pero la llevó más lejos que la Corte de Estados Unidos*”.³² O mestre argentino obviamente não vislumbrava na imunidade recíproca uma consequência natural da adoção do federalismo como forma de Estado:

Las mismas finalidades tenidas en mira al crearse la doctrina de la inmunidad pueden lograrse por otros medios que otorga la Constitución; aparte de que los llamados poderes implícitos ofrecen campo para preservar la acción estatal, sin que resulte necesario apelar a una doctrina exógena y que en su país de origen ya no se invoca.³³

No México — Estado federal como o Brasil, a Argentina e os Estados Unidos — a matéria também não é alçada ao nível constitucional, tendo o “Código Fiscal de la Federación”, porém, incorporado a doutrina da imunidade recíproca no desenho brasileiro: “La Federación, los Estados, los Municipios pueden ser sujetos pasivos cuando su actividad no corresponde a sus funciones propias de Derecho Publico”.³⁴

Na monografia já antes referida neste trabalho, Flávio Bauer Novelli desenvolve exaustivo e convincente raciocínio, firme na doutrina estrangeira, para ao final demonstrar que “a imunidade recíproca não constitui um elemento essencial da constituição financeira do Estado federal e não é, por conseguinte, absolutamente indispensável à existência, à validade ou à funcionalidade da forma federativa do Estado”.³⁵

De fato, a experiência estrangeira parece indicar que a cláusula da imunidade recíproca não consolida, *per se*, **elemento essencial** na caracterização ou mesmo no funcionamento do Estado federal. E se assim é, não

32 Op. cit. p. 301.

33 Idem, p. 303.

34 ZAVALA, Ernesto Flores. Finanzas públicas mexicanas, México: Porrva, 1970. p. 65.

35 Op. cit. p. 39.

se poderia, logicamente, empunhar o princípio federativo como um fundamento essencial da imunidade recíproca. Há porém um enfoque capaz de temperar essa conclusão, ou que, quando menos, propiciará uma diferente visão sobre o tema.

Embora o Estado federal não prescindia de contornos estruturais que o definam — mormente na comparação com o Estado unitário —, não faltam autores que alertam para a dificuldade de se extrair um modelo único de federalismo, já que, em rigor, são as raízes históricas de cada Estado que determinam a dinâmica do federalismo ao final vigente. Daí que, conquanto não se possa concordar com aqueles que abdicam mesmo de identificar linhas comuns nos “vários federalismos”³⁶ existentes, é mister reconhecer, de outro lado, que aqueles condicionantes históricos ensejam variados matizes de Estados federais — sem que necessariamente se possa trazer a comparação com a experiência alheia como fonte maior de valoração. É o que se deduz da lição de José Alfredo de Oliveira Baracho:

Além disso, o Estado federal está sob constantes alterações: se a comparação entre os estados federais existentes revela as características já sublinhadas, entre eles, todavia, existe larga diversidade. O Estado federal é um tipo extremamente variável no espaço e no tempo, um tipo em contínua modificação.³⁷

Por isso que a constatação de que o fenômeno brasileiro é único — na constitucionalização da imunidade recíproca e na importância que a ela se dá em geral — haverá de ser relativizada sob o influxo dessa outra constatação: a de que os “modelos” de federalismo não são intercambiáveis entre os Estados. Assim, se o modelo norte-americano tendeu a evoluir para uma virtual inexistência da cláusula da imunidade recíproca, isso não retira do modelo brasileiro sua legitimidade, nesse particular, ao conferir foros de verdadeira “cláusula pétrea” à mesma cláusula.

36 Sacha Calmon Navarro Coelho, p. ex., entende haver “tantos federalismos, diversos entre si, quantos Estados federativos existam”, olvidando-se mesmo de buscar nos graus de autonomia normativa e financeira dos entes locais a medida de um federalismo. (In: Curso de direito tributário brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 109.)

37 Teoria geral do federalismo, Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 197.

Mais ainda, deve-se lembrar que a Constituição brasileira possui dicção particularizada para a **autonomia** e a **isonomia** dos entes federativos (arts. 18 e 19, III), gizando (ou dando vida própria a) aquilo que seria apenas uma **específica decorrência** do sistema de Estado que adota — no modelo então criado. Também não se tem notícia de Constituição alienígena que possua preceito similar, o que vem ao encontro da idéia de que o federalismo brasileiro, ao menos como desenhado em tese na Carta Magna, tem contornos menos centrípetos que os delineadores de outros Estados federais, propiciando amplo espaço para uma **real igualdade entre as três esferas governamentais**, e, por conseguinte, amparando a imunidade recíproca.

Possivelmente terão sido essas as razões que levaram a doutrina pátria, em sua achapante maioria, a reconhecer no princípio federativo um insumo de vital importância na formação e na consolidação da doutrina da imunidade recíproca.

Aliomar Baleeiro é peremptório ao indicar o princípio federativo como fonte da imunidade recíproca:

*A sobrevivência de três órbitas governamentais autônomas, inerentes ao nosso sistema federativo, levou a Constituição brasileira a inscrever de maneira expressa, em seu texto, o princípio da imunidade recíproca.*³⁸

Da mesma forma entende Luciano Amaro: “A imunidade recíproca objetiva a proteção do federalismo”.³⁹ Também autores de formação tão díspar como Ricardo Lobo Torres,⁴⁰ Paulo de Barros Carvalho,⁴¹ Américo Lacombe,⁴² Bernardo Ribeiro de Moraes,⁴³ e tantos outros, vêem a imunidade recíproca como corolário da forma federativa do Estado brasileiro.

Mesmo o Prof. Flávio Bauer Novelli, não obstante, como visto, não considere a imunidade recíproca um **elemento essencial** da forma federativa de Estado, consente ser ela “o dispositivo (no sentido comum de ‘me-

38 Limitações constitucionais ao poder de tributar, *Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 234.*

39 Direito tributário brasileiro, *São Paulo: Saraiva, 1997. p. 147.*

40 Op. cit. p. 223.

41 Op. cit. p. 120.

42 Princípios constitucionais tributários, *São Paulo: Malheiros, 1996, p. 56.*

43 Sistema tributário na constituição de 1969, *São Paulo: RT, 1973. p. 469.*

canismo disposto para se obter certo fim’) aparelhado com o escopo específico de assegurar um interesse constitucional, um determinado valor jurídico fundamental, que é, na hipótese, já se sabe, a estrutura federal de organização política, a forma federativa de Estado”.⁴⁴

Depois do advento da Carta de 1988, a nossa Corte Suprema já teve a oportunidade — pelo menos em duas ocasiões — de firmar seu entendimento quanto ao tema em foco, consagrando a imunidade recíproca como corolário direto e inarredável do princípio federativo.

Foi com base nesse entendimento que o Supremo Tribunal Federal obstaculizou a incidência do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) e do Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF) — tributos da competência impositiva da União Federal — sobre as rendas, as aplicações financeiras e as movimentações bancárias dos Estados-membros e dos Municípios.

O seguinte excerto do voto do Min. Celso de Mello, no julgamento relativo ao IPMF, é sintomático do posicionamento da Corte:

*[A imunidade recíproca] Representa um fator indispensável à preservação institucional das próprias unidades integrantes da Federação. Destaca-se, dentre as razões políticas subjacentes a tal imunidade, a preocupação do legislador constituinte de inibir, pela repulsa à submissão fiscal de uma entidade federada a outra, de qualquer tentativa que, concretizada possa, em última análise, inviabilizar o próprio funcionamento da Federação.*⁴⁵

Já no julgamento que impediu a incidência do IOF sobre as aplicações financeiras dos demais entes federativos, assim votou o Min. Maurício Corrêa:

*[A imunidade recíproca] É uma decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes constitucionais, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro e pela autonomia dos Municípios.*⁴⁶

44 Op. cit. p. 33.

45 ADIN 939.

46 AgRg 174.808.

Tem-se pois que a Suprema Corte, intérprete maior da Ordem Constitucional, em linha com a doutrina que vincula a autonomia e a isonomia das pessoas políticas internas ao próprio sistema federativo, encampou a tese de que a imunidade recíproca é expressão inafastável desse sistema, na medida em que compreendeu incompatível com aquela cláusula (e portanto com o princípio que a informa) qualquer “submissão fiscal de uma entidade federada a outra”.

2.4

Tudo ponderado, impossível deixar de concluir que o **princípio federativo** — tal qual o **princípio da capacidade contributiva**, porém com as ressalvas antes expostas — pode também ser apontado como um dos fundamentos da imunidade recíproca. Apesar de ambos os princípios consubstanciarem, cada um por si, fonte autônoma da cláusula em tela, é na verdade no amálgama por eles formado que a imunidade recíproca é forjada em toda a sua inteireza, representando, espera-se ter demonstrado, uma especial espécie de imunidade, com natureza jurídica *sui generis* e de inigualável densidade axiológica para a Ordem Constitucional brasileira.

III. CONCLUSÕES

De todo o exposto, extraem-se as seguintes conclusões:

- o Embora contempladas na CF/88 sob a rubrica “Das Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, as imunidades **em regra** possuem natureza jurídica distinta das demais “limitações”, na medida em que derogam os princípios constitucionais que informam estas últimas, excepcionando os atributos da abstração e da generalidade próprios dos princípios;
- o É possível estabelecer uma “hierarquia axiológica” entre as “imunidades” positivadas da Constituição, com base na densidade histórica, política e social dos valores resguardados, havendo, entre as vedações chamadas de “imunidades”, desde normas de mera orientação de política fiscal (que se igualam em essência às isenções), até aquelas que encarnam verdadeiros direitos fundamentais, servindo-lhes de garantia;

- A imunidade recíproca destaca-se das demais “imunidades” não apenas porque se destina a resguardar valores de inegável importância política, histórica e social (relacionados ao funcionamento independente dos entes governamentais), mas também, e principalmente, porque ela própria é diretamente dedutível de princípios por si consagrados no Texto Maior, assumindo feição única de “imunidade ontológica”, em contraste com as demais vedações de natureza política;
- Na imunidade recíproca se reconhecem plasmados o **princípio da capacidade contributiva** e o **princípio federativo**, aquele por força da constatação de que a riqueza dos entes governamentais já se encontra integralmente vinculada ao fim público a que os tributos também se destinam, e este em função dos corolários da autonomia financeira e da isonomia das entidades federadas, inerentes ao modelo de federalismo brasileiro, como formatado na Constituição de 1988.

BIBLIOGRAFIA

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1997.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*, São Paulo: Saraiva, 1963.
- BERLIRI, Antonio. *Princípios de derecho tributário*, vol. 1, Madrid: De Derecho Financiero, 1964. Trad. Fernando Vicente-Arche Domingo.
- BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral das isenções tributárias*, São Paulo: Malheiros, 2001.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *Direito tributário*, Coimbra: Almedina, 2000.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*, São Paulo: Malheiros, 1999.

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, São Paulo: Saraiva, 1991.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias*, São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Princípio da capacidade contributiva*, São Paulo: RT, 1996.
- DERZI, Mizabel. *Notas de Atualização ao Livro “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”*, de Aliomar Baleeiro, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- FALCÃO, Amílcar. *Fato gerador da obrigação tributária*, Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- FONROUGE, Giuliani. *Derecho financiero*, vol. I, Buenos Aires: Depalma, 1970.
- ICHIHARA, Yoshiaki. *Imunidades tributárias*, São Paulo: Atlas, 2000.
- JARACH, Dino. *O fato impositivo*, São Paulo: RT, 1989. Trad. Dejalma de Campos.
- LACOMBE, Américo. *Princípios constitucionais tributários*, São Paulo: Malheiros, 1996.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Sistema tributário da constituição de 1969*, São Paulo: RT, 1973.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Imunidades*, São Paulo: Saraiva, 1992.
- NOVELLI, Flávio Bauer. *Norma constitucional inconstitucional? A Propósito do art. 2.º, § 2.º, da Emenda Constitucional n.º 3, de 1993, RDA 199/93*, Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- SAINZ DE BUJANDA. *Hacienda y derecho*, vol. V, Madrid: Inst. de Estudios Políticos, 1967.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*, Rio de Janeiro, Forense, 1966.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Teoria e prática das isenções tributárias*, Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*, São Paulo: Res. Tribut., 1982.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *O orçamento na Constituição*, Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*, São Paulo: Malheiros, 1999.

ZAVALA, Ernesto Flores. *Finanzas públicas mexicanas*, México: Ed. Porrva, 1970.

A Constituição e o Direito Internacional

FRANCISCO JOSÉ MARQUES SAMPAIO

I. DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL. II. TENDÊNCIA DE FORTALECIMENTO DO PODER EXECUTIVO EM DETRIMENTO DO LEGISLATIVO, EM MATÉRIA DE DIREITO INTERNACIONAL. 2.1. CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA: PRIMEIRA A PREVER CONTROLE DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS PELO PODER LEGISLATIVO, MEDIANTE EXIGÊNCIA DE APROVAÇÃO DE TRATADOS POR DOIS TERÇOS DO SENADO. 2.1.1. RAZÕES DO CRITÉRIO DE APROVAÇÃO ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA. 2.2. INSUFICIÊNCIA DO CONTROLE DO PODER LEGISLATIVO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS COMO FENÔMENO COMUM NOS PAÍSES DEMOCRÁTICOS. 2.2.1. CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO: A POLÍTICA EXTERNA “É UM DOS SETORES DA VIDA ESTATAL EM QUE A DEMOCRACIA TEM-SE PROCESADO DE MODO MAIS LENTO”. 2.2.2. ARTIGO 40 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: PRINCÍPIOS REGEDORES DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS BRASILEIRAS. 2.3. ACORDOS DO EXECUTIVO: PRESCINDIBILIDADE DE APROVAÇÃO PELO CONGRESSO. 2.3.1. ACORDOS DO EXECUTIVO EM FACE DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. 2.3.1.1. POSICIONAMENTO DO MINISTRO REZEK EM RELAÇÃO AOS ACORDOS DO EXECUTIVO. III. CONFLITOS ENTRE DIREITO INTERNO

E DIREITO INTERNACIONAL. 3.1. TEORIA DUALISTA. 3.2. TEORIA MONISTA. 3.3. NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS X DIREITO INTERNACIONAL. 3.3.1. ORIENTAÇÃO ADOTADA PELA LEGISLAÇÃO, DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS NA SOLUÇÃO DO CONFLITO. 3.3.1.1. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL RESPEITO. 3.3.1.2. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, ARTIGO 98: POSITIVAÇÃO DA TEORIA MONISTA COM PREVALÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL. 3.3.1.3. DOCTRINA MAJORITÁRIA: MONISMO COM PREVALÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL. 3.3.1.4. JURISPRUDÊNCIA: DO MONISMO COM PREVALÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL AO MONISMO MODERADO. 3.3.1.4.1. JACOB DOLINGER: “O STF JAMAIS ADOTARA A TEORIA MONISTA COM PREVALÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL, COM EXCEÇÃO PARA TRATADOS FISCAIS E DE EXTRADIÇÃO”. 3.3.2. ORIENTAÇÃO ADOTADA POR OUTROS PAÍSES DIANTE DO CONFLITO ENTRE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS E DIREITO INTERNACIONAL. 3.4. CONSTITUIÇÃO X DIREITO INTERNACIONAL. 3.4.1. NO BRASIL: POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE INTRÍNSECA E EXTRÍNSECA DE TRATADOS. IV. DIREITO INTERNO X DIREITO INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS. 4.1. CONFLITO SE SOLUCIONA MEDIANTE APLICAÇÃO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL. 4.2. PARÁGRAFO 2.º DO ARTIGO 5.º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: HAVERIA DISPENSA DE PROMULGAÇÃO PARA RECEPÇÃO DE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL? 4.2.1. SISTEMAS DE ENTRADA EM VIGOR DE TRATADOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL. 4.2.1.1. VIGÊNCIA CONTEMPORÂNEA AO CONSENTIMENTO. 4.2.1.2. VIGÊNCIA DIFERIDA. 4.2.1.3. VIGÊNCIA PROVISÓRIA. 4.2.2. RECEPÇÃO DE TRATADOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: NECESSIDADE DE PROMULGAÇÃO E, NÃO, DE “LEI DE EXECUÇÃO”.

I. DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

O direito constitucional internacional compreende o estudo das normas constitucionais que disciplinam matéria de direito internacional. Pertence a dois ramos da Ciência Jurídica, o direito constitucional e o direito internacional público, existindo autores, como Henzin, que o afirmam mais próximo do direito internacional público, além de observarem que tem sido mais freqüentemente abordado por internacionalistas.

II. TENDÊNCIA DE FORTALECIMENTO DO PODER EXECUTIVO EM DETRIMENTO DO LEGISLATIVO, EM MATÉRIA DE DIREITO INTERNACIONAL

2.1. CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA: PRIMEIRA A PREVER CONTROLE DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS PELO PODER LEGISLATIVO, MEDIANTE EXIGÊNCIA DE APROVAÇÃO DE TRATADOS POR DOIS TERÇOS DO SENADO

O controle das relações internacionais pelo Legislativo — expressão e exigência democráticas — foi previsto pela primeira vez na Constituição norte-americana de 1787, que, no artigo II, seção 2, cláusula 2, estabeleceu a necessidade de aprovação, por dois terços dos senadores presentes, dos tratados internacionais firmados pelo Presidente.

2.1.1. RAZÕES DO CRITÉRIO DE APROVAÇÃO ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA

A Constituição criava um Poder Executivo forte, o que levava a não fazer sentido atribuir ao Legislativo o poder de concluir tratados. Os constituintes, no entanto, foram contrários à concentração da matéria em mãos de apenas um dos poderes constituídos. Tais razões justificariam haver sido atribuída, ao Executivo, competência para concluir tratados e, a uma das casas do Legislativo, competência para aprovar os referidos atos.

A atribuição da aprovação de tratados apenas ao Senado e não à Câmara, por seu turno, visou a preservar os direitos dos Estados que aderiram à união, a fim de obter o apoio dos estados menores que temiam desaparecer em uma Confederação fortalecida.

A entrada em vigor da Constituição dos Estados Unidos da América, aprovada na Convenção de Filadélfia, de 19 de setembro de 1787, dependia da ratificação de pelo menos nove dos treze estados independentes, ex-colônias inglesas na América, com que, então, tais estados soberanos se uniriam num estado federal, passando, pois, a simples estados-membros. Daí resultou a opção de não se submeter os tratados à Câmara, mas apenas ao Senado, órgão de representação dos estados-membros, que não leva em conta o número de habitantes de cada estado-membro, como faz a Câmara dos Representantes, que é órgão de representação popular. Ademais, seria difícil obter aprovação da Câmara, por ser muito numerosa.¹

As Constituições que se seguiram à Revolução Francesa igualmente consagraram o controle das relações internacionais pelo Legislativo.

2.2. INSUFICIÊNCIA DO CONTROLE DO PODER LEGISLATIVO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS COMO FENÔMENO COMUM NOS PAÍSES DEMOCRÁTICOS

2.2.1. CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO: A POLÍTICA EXTERNA “É UM DOS SETORES DA VIDA ESTATAL EM QUE A DEMOCRACIA TEM-SE PROCESSADO DE MODO MAIS LENTO”

Doutrinadores observam, todavia, que, na prática, tal controle raramente se fez presente como deveria, afirmando Celso de Albuquerque Mello ser a política externa “um dos setores da vida estatal em que a democracia tem se processado de modo mais lento”.²

Tradicionalmente tida como matéria sigilosa, o Legislativo costumou manter-se afastado das questões de política externa, uma vez que seus debates são públicos e sujeitos a ampla divulgação.

Nicolson observa que “até 1914 (...), mesmo em países que possuíam antigas instituições representativas, o controle da política externa não estava investido nos representantes do povo”, concluindo Celso de Albuquerque Mello ser tal controle maior em países sob regime parlamentarista.³

1 MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 286.

2 “Constituição e relações internacionais”. In: *A nova Constituição e o direito internacional*. Coordenação Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 20.

3 Op. cit. p. 20.

2.2.2. ARTIGO 4.º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: PRINCÍPIOS REGEDORES DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS BRASILEIRAS

Celso Mello sustenta a necessidade de que os países se conscientizem da importância de controle das relações internacionais, uma vez que delas podem decorrer comprometimentos muito mais gravosos para o Estado do que os decorrentes de relações internas.

Com esse objetivo, as constituições deveriam prever princípios gerais de sua política externa, os quais deveriam ser genéricos, para não constituírem indesejável entrave, porém suficientes para orientar a diplomacia e as discussões no Poder Legislativo.

Há autores, todavia, que consideram inútil tal enunciação constitucional de princípios de política externa por entenderem que, dada a necessidade de serem enumerados de forma genérica, tais princípios permitiriam as mais diversas interpretações.

A atual Constituição prevê, no art. 4.º, princípios regedores das relações internacionais da República Federativa do Brasil, muitos dos quais indicados por Celso de Albuquerque Mello, antes da entrada em vigor da Carta de 1988, como princípios que deveriam ganhar o referido *status* constitucional.⁴

4 *Ao formular propostas para a nova Constituição, Celso Mello afirmou que ela deveria consagrar os seguintes princípios orientadores de nossa política externa: “solução de litígios por meios pacíficos; boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais; não-intervenção em assuntos da jurisdição doméstica do Estado; respeito à igualdade e à autodeterminação dos povos; princípio da coexistência pacífica; princípio da equidade compensatória; a defesa dos Direitos do Homem deve estar explícita”. Conforme o art. 4.º da atual Constituição:*

“A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I — independência nacional;

II — prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos;

III — autodeterminação dos povos.

IV — não-intervenção;

V — igualdade entre os Estados;

VI — defesa da paz;

VII — solução pacífica dos conflitos;

VIII — repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX — cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X — concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

2.3. ACORDOS DO EXECUTIVO: PRESCINDIBILIDADE DE APROVAÇÃO PELO CONGRESSO

Celso de Albuquerque Mello avalia a tendência de se reforçar o Poder Executivo na sua atuação internacional em detrimento do Legislativo, o que se dá, em grande parte, mediante prática cada vez mais freqüente dos denominados acordos do Executivo, que não necessitam de aprovação do Legislativo.

Schwartz, na obra *Presidência imperial*, observa que o fortalecimento do Executivo em matéria de relações externas — fenômeno que não seria peculiar dos Estados Unidos da América, mas comum a todos os países democráticos — é favorecido pela falta de uma distinção simplificada entre tratado e acordo do Executivo, o que permite que se torne questão mais de política do que de direito optar pela celebração de um ou de outro. Em conseqüência, qualquer assunto que venha a ser objeto de negociações internacionais acaba podendo ser abordado em acordo do Executivo.

2.3.1. ACORDOS DO EXECUTIVO EM FACE DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A **Constituição de 1824** previu a necessidade de ratificação, pela assembléia geral, de tratados concluídos pelo Imperador apenas quando, celebrados em tempo de paz, envolvessem cessão ou troca de território do Império, ou de possessões a que o Império tivesse direito. Afonso Arinos, citado por Celso de Albuquerque Mello, explica o pequeno alcance, em matéria de democracia, do citado dispositivo, pelo fato de que, “no Brasil daquele tempo, a aspiração popular era mais pela Independência do que pela democracia”.⁵

A **Constituição de 1891**, no artigo 48, estabelecia, dentre outros poderes do Presidente da República, “Entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso”. Barbalho e Beviláqua sustentaram, em vista da expressão “sempre”, presente no texto do artigo 48, antes mencionado, a obrigatoriedade de apro-

5 Op. cit. *Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 286.*

vação pelo Legislativo de todos os ajustes internacionais, o que levaria a não se reconhecer validade aos acordos do Executivo. Não obstante tal disposição constitucional, Hildebrando Accioly enumera uma série de acordos do Executivo concluídos na vigência da Constituição de 1891.

A **Constituição de 1934** conferiu à União, no artigo 5.º, inciso I, competência para conclusão de convenções e tratados internacionais. No artigo 91, inciso I, letra *f*, declarou ser da competência do Senado Federal colaborar com a Câmara dos Deputados e elaborar leis sobre: “tratados e convenções com as nações estrangeiras”. No artigo 40, letra *a*, estabeleceu ser da competência do Poder Legislativo “resolver definitivamente sobre tratados e convenções”.

Ao subtrair do âmbito dos atos sujeitos à aprovação do Legislativo as expressões “ajustes” e “sempre”, presentes no texto correspondente de 1891, a Constituição teria conferido margem maior à admissibilidade de acordos do Executivo.

A **Constituição de 1937** previa a submissão de convenções e tratados internacionais *ad referendum* do Poder Legislativo (artigo 74, letra *d*). Jamais houve instalação do Poder Legislativo, no entanto, pois o Brasil viveu um período de ditadura.

A **Constituição de 1946** determinou, no artigo 66, inciso I, ser de competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República”.

Foi durante a vigência da Constituição de 1946 que se instalou maior debate a respeito da validade de acordos do Executivo. Duas correntes surgiram, então. Uma, presidida por Hildebrando Accioly, à qual aderiram Levi Carneiro, João Hermes Pereira Araújo e Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, que propugnava, sob influência da prática norte-americana, pela **validade de acordos do Executivo** nos seguintes casos: (a) acordos sobre assuntos de competência privativa do Poder Executivo; (b) acordos concluídos por agentes ou funcionários que tenham competência para isso, sobre questão de interesse local ou de importância restrita; (c) os que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado pré-vigente; (d) os que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento; (e) acordos que têm em vista apenas deixar

as coisas no estado em que se encontram ou estabelecer simples bases para negociações futuras; e (f) as declarações de extradição e ajustes para prorrogação de tratado antes que se expire.

A identificação de atos de competência do Presidente da República seria de fácil verificação, pois eles se encontram enumerados na Constituição.

Ademais, acrescentava Accioly, tal como a Constituição de 1934, a de 1946 suprimira as expressões “ajustes” e “sempre”, presentes no dispositivo correspondente da Constituição de 1891, que poderiam, com maior razão, levar a questionar-se a validade de acordos do Executivo. Durante a vigência da própria Constituição de 1891, acrescenta o mencionado autor, vários acordos desse tipo foram celebrados.

A corrente oposta, defendida por Pontes de Miranda, Carlos Maximiliano, Haroldo Valladão e Vicente Motta Rangel, sustentava **não serem válidos acordos do Executivo**, pois seria requisito de validade de quaisquer atos internacionais aprovação pelo Legislativo.

As expressões “tratados” e “convenções”, de acordo com essa corrente, seriam suficientes para o condicionamento de quaisquer atos internacionais à aprovação pelo Legislativo, sob pena de nulidade. A única exceção, admitida por Valladão, seriam os pactos celebrados por chefes militares nos limites de suas atribuições.

A **Constituição de 1967**, embora tenha previsto como de competência do Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional”, ampliando, pela introdução da expressão “atos internacionais”, o rol de atos que deveriam ser submetidos ao Congresso Nacional, não afastou a celebração de acordos do Executivo.

Do mesmo modo, a **Emenda Constitucional n.º 1, de 1969**, não afastou tal prática, apesar de ter introduzido a expressão “atos internacionais” também no artigo 44, que previa ser da competência do Congresso Nacional resolver, definitivamente, sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República.

Na vigência da **Constituição de 1988** continuam sendo admitidos acordos do Executivo, em vista da reiterada prática internacional. Do confronto do artigo 49 com o artigo 84, não obstante a aparente incongruência, Celso

Mello sustenta que predominará a regra do artigo 84, de acordo com a qual “todos” os tratados, e não somente os que “acarretem compromissos gravosos para o patrimônio nacional”, serão submetidos à aprovação do Congresso, não apenas por estar o artigo 84 em maior sintonia com a tradição nacional, mas, também, em razão de tratar-se de conceito jurídico de difícil determinação, o de “compromissos gravosos para o patrimônio nacional”.

2.3.1.1. POSICIONAMENTO DO MINISTRO JOSÉ FRANCISCO REZEK EM RELAÇÃO AOS ACORDOS DO EXECUTIVO

Francisco Rezek, em obra de 1984, observa que o Supremo Tribunal Federal ainda não havia tido oportunidade de manifestar-se a respeito da constitucionalidade de acordos do Executivo, nem tampouco a respeito da hierarquia que possuem no ordenamento jurídico brasileiro. Nos Estados Unidos, a Corte Suprema firmara o princípio de que acordos do Executivo prevalecem sobre lei estadual, mas não sobre lei federal que lhes seja anterior.

Na opinião de Rezek, seriam admissíveis tais acordos, não em todas as hipóteses enumeradas por Accioly ao afirmar a validade de acordos do Executivo durante a vigência da Constituição de 1946, mas, apenas, em três delas, as quais, em sua opinião, seriam as únicas que encontrariam amparo constitucional. Seriam, então, casos de acordos do Executivo: (a) os “que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente”; (b) os “que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento”; e (c) os que “têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram, ou estabelecer simples bases para negociações futuras.

Os acordos do Executivo enquadrados na primeira ou na terceira hipótese admitidas por Rezek teriam, por amparo legal, o inciso IX do artigo 81 da Constituição de 1969, correspondente ao inciso VII do artigo 84 da Constituição hoje em vigor, de acordo com o qual “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VII — manter relações com Estados estrangeiros (...)”.

Tais acordos dispensariam aprovação do Legislativo e, ainda assim, seriam válidos, afirma Rezek, pois, com fundamento no citado dispositivo constitucional, o Executivo possuiria auto-suficiência, pratica-

mente absoluta, para manter relações internacionais que não importem em “incorporar ao direito interno um texto produzido mediante acordo com potências estrangeiras”.

Acordos do Executivo enquadrados na segunda hipótese admitida por Rezek, isto é, os “que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento”, seriam igualmente válidos, pois a aprovação legislativa, em verdade, teria ocorrido quando da aprovação do tratado que deu ensejo ao acordo do Executivo, antecipando-se, pois, ao referido acordo. O fundamento constitucional de validade de acordos do Executivo dessa espécie seria, assim, o próprio artigo 81, inciso X, da Constitucional de 1969, atual artigo 84, inciso VIII.

Adverte o renomado internacionalista que, caso o Congresso não deseje abdicar, em certo caso concreto, do controle individualizado de todos os subprodutos do tratado que nele venham enunciados, deve proceder como fez ao aprovar o acordo de cooperação entre Brasil e Líbia, incluindo, no Decreto Legislativo respectivo, ressalva expressa a respeito.

No caso do referido acordo, o Congresso estabeleceu, no artigo 2.º do Decreto Legislativo n.º 23, de 1981:

Todas as emendas ou alterações introduzidas no texto referido no artigo anterior (Acordo Básico de Cooperação entre a República Federativa do Brasil e a Jamairia Árabe Popular Socialista da Líbia, celebrado em Brasília, em 30 de junho de 1978) só se tornam eficazes e obrigatórias para o País após a respectiva aprovação pelo Congresso Nacional.

III. CONFLITOS ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL

3.1. TEORIA DUALISTA

Afirma a teoria dualista, a impossibilidade de conflito entre as ordens internacional e interna simplesmente pela ausência de qualquer interseção entre ambas. Tratar-se-ia de esferas estanques, que não guardariam nenhum ponto de contato. As normas de direito internacional disciplinariam as relações entre Estados e entre estes e demais protagonistas da sociedade internacional. As normas de direito interno disciplinariam as relações intra-estaduais, sem qual-

quer conexão com elementos externos. De acordo com essa corrente de pensamento, um ato internacional somente operará efeitos no âmbito interno se uma lei, denominada pela doutrina “ordem de execução”, vier a incorporá-lo ao ordenamento jurídico positivo do Estado.⁶ São adeptos dessa teoria, no direito estrangeiro, Triepel e Anzilotti; no Brasil, Amílcar de Castro.⁷

3.2. TEORIA MONISTA

Sustenta a teoria monista que o direito constitui um sistema único, integrado tanto pelo direito interno como pelo direito internacional, do que decorre a necessidade de normas que coordenem a convivência desses dois domínios, estabelecendo qual deve prevalecer em caso de conflito. A superioridade do direito internacional sobre o direito interno de cada Estado foi afirmada pela Corte Permanente de Justiça Internacional, em parecer consultivo de 31 de julho de 1930, no qual se consignou: “É princípio geral reconhecido, do direito internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei não podem prevalecer sobre as do tratado”.⁸

São adeptos dessa corrente, no âmbito estrangeiro, Hans Kelsen, responsável pelo desenvolvimento da teoria monista e que, embora admita, em tese, o monismo com prevalência do direito interno e o monismo com prevalência do direito internacional, é partidário desse último. No Brasil, a maior parte da doutrina a aceita, podendo-se citar como exemplos Haroldo Valladão, Tenório, Celso Albuquerque Mello e Marotta Rangel.

Celso de Albuquerque Mello, tal como KELSEN, defende o monismo com prevalência do direito internacional, havendo formulado, como proposta para a Constituição de 1988, dispositivo que estabelecesse: “O Direito Internacional faz parte do Direito Interno e não é revogado por este”.⁹ Defendem o monismo com primazia da norma convencional, outrossim, Marotta Rangel, Pedro Lessa, Filadelfo Azevedo, Vicente Rao, Accioly e Carlos Maximiliano.¹⁰

6 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 16.

7 *Ibidem*.

8 *Ibidem*.

9 MELLO, Celso de Albuquerque. *Ob. cit.* p. 22.

10 REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 465.

3.3. NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS X DIREITO INTERNACIONAL

3.3.1. ORIENTAÇÃO ADOTADA PELA LEGISLAÇÃO, DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS NA SOLUÇÃO DO CONFLITO

3.3.1.1. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL A RESPEITO

Não existe no Brasil disposição constitucional regedora de soluções a respeito de conflitos entre normas internas infraconstitucionais e normas internacionais. Não foi acatada, pois, nesse particular, proposta formulada em 1987 por Celso de Albuquerque Mello, para introduzir-se, na nova Constituição, norma que estabelecesse que “O Direito Internacional faz parte do Direito Interno e não é revogado por este”.

3.3.1.2. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, ARTIGO 98: POSITIVAÇÃO DA TEORIA MONISTA COM PREVALÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL

O Código Tributário Nacional, diferentemente, não deixou de tratar da matéria. No artigo 98, consagrou o monismo jurídico com primazia para o direito internacional ao prever: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

3.3.1.3. DOUTRINA MAJORITÁRIA: MONISMO COM PREVALÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL

A doutrina majoritária brasileira, conforme referido no item anterior, defende a orientação positivada no Código Tributário Nacional.

3.3.1.4. JURISPRUDÊNCIA: DO MONISMO COM PREVALÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL AO MONISMO MODERADO

No que diz respeito à jurisprudência, a maioria dos autores sustentou, durante longo período, que o Supremo Tribunal Federal adotara a teoria monista com prevalência do direito internacional. Foi com impacto, portanto, que receberam, em 1978, a decisão do Plenário, proferida no Recurso Extraordinário n.º 80.004, que teria adotado orientação diversa, ao afirmar a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-Lei n.º 427,

de 1969, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título, apesar de a Lei Uniforme, anterior em três anos, não fazer referência a tal requisito de validade.

O Supremo, por maioria, entendeu, conforme fez constar da ementa do referido julgado, que, “embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País (...)”.¹¹ O relator, Ministro Xavier de Albuquerque, em voto solitário, defendeu o primado do pacto internacional, que não poderia ser validamente desafiado por norma interna posterior. Outros Ministros integrantes daquela Corte, entretanto, negaram que estivesse configurado o conflito tratado/lei. A maioria, no entanto, reconheceu o conflito real entre a Lei Uniforme de Genebra e o Decreto-Lei n.º 427, de 1969, de mesma hierarquia de leis ordinárias, e sustentou não ser autorizado à Justiça negar autoridade à norma interna, mais recente que o pacto internacional, uma vez que a Constituição não previu primazia de tratados sobre leis do Congresso e impôs aos órgãos do Judiciário o dever de garantir eficácia às leis do País.

Decisões posteriores do STF mantiveram a linha de entendimento adotada no julgamento do Recurso Extraordinário antes mencionado, merecendo ser transcrita a fundamentação do Ministro Francisco Rezek:

*O STF deve garantir prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isto importasse o reconhecimento da afronta pelo país de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio.*¹²

3.3.1.4.1. JACOB DOLINGER: “O STF JAMAIS ADOTARA A TEORIA MONISTA COM PREVALÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL, COM EXCEÇÃO PARA TRATADOS FISCAIS E DE EXTRADIÇÃO”.

Jacob Dolinger verificou, após detido exame da jurisprudência, que, em verdade, o STF jamais adotara o monismo com prevalência do direito internacional, como afirmou a grande maioria dos autores, por certo em

¹¹ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 18.

¹² Ibidem. p. 19.

decorrência de haverem refletido, na leitura que fizeram dos julgados da Suprema Corte, sua própria crença no primado do direito internacional.

A decisão proferida no Recurso Extraordinário n.º 80.004 e as decisões seguintes, que tanta indignação causaram na doutrina, refletem, apenas, aquela que teria sido a orientação sempre seguida pelo STF, isto é, a do monismo moderado, em que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico de lei ordinária, sujeitando-se a princípio de acordo com o qual, não se pondo a questão em termos de regra geral e regra particular, prevalece a norma posterior.

Duas exceções haveria, de acordo com Jacob Dolinger, à adoção, pelo STF, do monismo moderado: questões de natureza fiscal e casos de extradição. Em relação à matéria fiscal, a não-equiparação do tratado a lei ordinária decorreria de o artigo 98 do Código Tributário Nacional expressamente determinar que normas posteriores a convenções internacionais com elas se coadunem, do que decorreria não serem leis ordinárias capazes de revogar tratados em matéria fiscal. Quanto aos casos de extradição, considera-se que a lei interna, por ser geral, cede vez ao tratado, que é regra especial. O citado autor acrescenta, outrossim, que o tratamento diverso dado a tratados fiscais e de extradição decorre de possuírem, ambos, natureza contratual, do que decorre a exigência de denúncia formal para que deixem de ser cumpridos.¹³

Vale fazer referência, todavia, à posição sustentada pelo próprio internacionalista Francisco Rezek, de que tratado internacional fiscal se equipara a lei ordinária, tal como outros tratados, não consistindo, pois, em exceção ao monismo moderado adotado pelo STF na decisão de conflitos entre normas nacionais e internacionais referentes a outras matérias.

A não-prevalência de lei interna ordinária sobre tratado anterior que com ela seja incompatível em matéria tributária decorre, segundo o Minis-

13 “Nossa conclusão é que, excetuadas as hipóteses de tratado-contrato, nada havia na jurisprudência brasileira quanto à prevalência de tratados sobre lei promulgada posteriormente, e, portanto, equivocados todos os ilustres autores acima citados que lamentaram a alegada mudança na posição da Suprema Corte. A posição do STF através dos tempos é de coerência e resume-se em dar o mesmo tratamento a lei e a tratado, sempre prevalecendo o diploma posterior, excepcionados os tratados fiscais e de extradição, que, por sua natureza contratual, exigem denúncia formal para deixarem de ser cumpridos.” (DOLINGER, Jacob. In: BARROS, Luís Roberto. Op. cit. p. 19-20.)

tro, de a referida lei interna colidir com o artigo 98 do Código Tributário Nacional, que determina a observância, pela legislação interna posterior, das convenções internacionais em vigor à época de sua edição.

Como o CTN foi equiparado a lei complementar com o advento da Constituição de 1967 — pelo princípio da recepção das normas infraconstitucionais anteriores cujo processo legislativo tenha observado às exigências em vigor na época —, deve prevalecer sobre a legislação ordinária que o afronte, como seria o caso de lei que não se compatibilizasse com convenções internacionais já em vigor.

Sendo assim, lei federal posterior incompatível com tratado em vigor não prevaleceria por conflitar com o CTN, que é lei complementar, e, não, por se tratar, tratados fiscais, de exceção à adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da teoria monista moderada, que equipara tratados a lei federal.¹⁴

Rezek observa, ademais, que ocioso seria dispositivo de conteúdo semelhante ao artigo 98 do CTN que constasse de lei ordinária, pois, em relação a decretos, portarias, instruções e demais atos normativos de hierarquia inferior à lei ordinária, os tratados prevalecem independentemente de uma tal previsão legal, por possuírem hierarquia de lei ordinária.

Em relação à legislação ordinária superveniente a tratados, o citado dispositivo, inserido em legislação ordinária, seria igualmente inútil, pois lei ordinária posterior que, deixando de observar tratados em vigor, com ele colidisse, o revogaria (o dispositivo de lei ordinária), em razão da norma *lex posterior derogat priori*.¹⁵

Quanto a tratados de extradição, as decisões que fundem sua não revogação, por lei ordinária posterior, no argumento de serem norma especial — ao passo em que a legislação interna sobre o assunto seria composta por normas gerais —, igualmente não representam exceção à orientação

14 “(...) uma lei complementar à Constituição, disciplinando quanto por esta tenha sido entregue ao seu domínio, pode, sem dúvida, vincular a produção legislativa ordinária ao respeito pelos tratados em vigor. Leia-se o artigo 98 do Código Tributário Nacional. (...) Em tal quadro, a lei ordinária conflitante com tratado preexistente há de sucumbir, mas em razão de outro conflito: o que a contrapõe à lei complementar.” (REZEK, José Francisco. Op. cit. p. 475.)

15 Ibidem.

geral adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que equipara tratados a lei ordinária, mas simples aplicação do disposto no artigo 2.º, § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

A conclusão de Jacob Dolinger, de que estariam equivocados os autores que viram na decisão do Recurso Extraordinário n.º 80.004 mudança na orientação até então adotada pelo STF relativamente ao conflito de normas de direito interno e internacional — pois que “nada haveria na jurisprudência brasileira quanto à prevalência de tratados sobre lei promulgada posteriormente”¹⁶ —, merece, ainda, ser cotejada com referência feita por Rezek a comentário publicado em 1945 por Filadelfo Azevedo, na época, Ministro do STF, o qual haveria demonstrado a “convicção unânime da corte, àquela época, quanto à prevalência dos tratados sobre o direito infraconstitucional”.¹⁷

Celso de Albuquerque Mello, um dos autores que considerou a decisão proferida no Recurso Extraordinário n.º 80.004 “um verdadeiro retrocesso”, menciona, no mesmo sentido, decisão na qual Filadelfo Azevedo afirmou que tratado não é revogado por lei posterior contrária.

Como marcos da orientação que equipara, no Brasil, tratados e leis ordinárias federais e aplica, em caso de conflito, a regra *lex posterior derogat priori*, Rezek cita parecer do consultor do Itamaraty, Levi Carneiro, de 12 de dezembro de 1949; parecer de Francisco Campos, de 1956; e a já referida decisão do Supremo Tribunal Federal, de 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 80.004.

Tratou-se, no caso do parecer de Levi Carneiro, de consulta formulada pela Embaixada do Brasil em Buenos Aires, quanto a serem plenamente reconhecidos, no Brasil, e, assim, permitirem, aqui, o livre exercício das profissões liberais, os títulos de graus obtidos no Chile, em vista de convenção celebrada com o Brasil, pela qual acordou-se tal reconhecimento, diante do Decreto n.º 19.852, superveniente, que dispôs em contrário.

O informante considerara que dever-se-ia responder afirmativamente à consulta, à luz do magistério de João Neves da Fontoura, de acordo com

16 BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 19-20.

17 REZEK, José Francisco. Direito dos tratados. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 465-466.

o qual tratados e convenções teriam a mesma hierarquia de disposições constitucionais, devendo, pois, prevalecer sobre legislação infraconstitucional superveniente que com eles colidisse.¹⁸

Levi Carneiro, contrariando o referido entendimento, sustentou que convenções internacionais possuem hierarquia de leis ordinárias e, conseqüentemente, revogam leis ordinárias federais incompatíveis, bem como são revogáveis por normas de tal hierarquia que lhes sobrevenha. Ocorrendo revogação de tratado por lei posterior, caberia ao governo, segundo o parecerista, denunciar o tratado, observadas as formalidades e prazos nele previstos.¹⁹

O parecer de Francisco Campos, de 1956, versou sobre o poder soberano do Brasil, não obstante haver firmado a Convenção de Bretton-Woods, de modificar sua política monetária para atender a situação de emergência que lhe postulasse mudanças ou variações na taxa de paridade declarada a Fundo Monetário Internacional.

Na mesma linha do pronunciamento de Levi Carneiro, antes mencionado, entendeu Francisco Campos que o único efeito da recepção, no direito interno, do direito internacional, é o de conferir força de lei ordinária às normas assim incorporadas, que ficam submetidas, portanto, em relação às leis internas de mesma hierarquia, à regra geral *lex posterior derogat legi priori*.

A análise de Francisco Campos teria sido, todavia, superior à de Levi Carneiro, pois teria estabelecido melhor as conseqüências, no plano internacional, da edição de lei interna contrária a tratado. Em lugar de falar que seria hipótese de **revogação** do tratado, o citado parecerista bem consignou que haveria **violação** do tratado contrariado, a ensejar conseqüências internacionais de **responsabilidade para o Estado**.²⁰

18 “(...) tratados e convenções (...), uma vez transformados em lei pela ratificação do Congresso e participando da legislação nacional, têm, pela taxinomia das nossas regras jurídicas, a mesma categoria de leis constitucionais, e se leis posteriores colidem com o referido direito convencional, ainda prevalece este, pois ao Estado cumpre o dever de respeitar as obrigações contratuais assumidas anteriormente e constantes de tal direito.” (REZEK, José Francisco. Op. cit. p. 467. Grifos nossos.)

19 Ibidem. p. 467-468.

20 Ibidem. p. 469-470.

Assim, não tendo a Constituição sobreposto tratados a normas internas, não poderia a Justiça furtar-se à aplicação da legislação interna, contrária a tratados preexistentes. Tal justificativa para eventual não-aplicação da legislação internacional válida no país “não neutraliza, todavia, o ilícito internacional representado pela preterição do ato”.²¹

Vale mencionar, por fim, relativamente às conseqüências do reconhecimento de eficácia a lei ordinária posterior contrária a tratado, voto de Leitão de Abreu no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, antes mencionado, destacado pelo Ministro Rezek como um “dos pronunciamentos mais lúcidos que o Plenário da Corte terá ouvido a propósito em toda a sua história”.

Sobressai, no referido voto, a preocupação do Ministro em afastar a idéia de que a aplicação de lei posterior contrária a tratado importaria sua **revogação**. Sustenta que tratados possuem forma própria de revogação, a denúncia, somente podendo ser atingidos por normas de categoria igual ou superior, internacional, e jamais por norma inferior, interna ou nacional. Assim, negou que o Decreto-Lei n.º 427 houvesse revogado a Convenção de Genebra no que com ela conflita, pois seria inaplicável à espécie a regra geral *lex posterior derogat legi priori*.

A par disso não estariam os órgãos do Poder Judiciário incumbidos de aplicar o direito nacional, autorizados, à luz da Constituição, a negar eficácia à lei federal que fosse a expressão última da vontade do legislador.

Não haveria, pois, no entender de Leitão de Abreu, revogação de tratado por lei ordinária superveniente conflitante, mas obrigação do Judiciário de garantir vigência à referida lei e conseqüente afastamento da aplicação do tratado, o qual, no entanto, voltaria a aplicar-se se revogada a lei que lhe obstou, durante certo tempo, a aplicação.²²

3.3.2. ORIENTAÇÃO ADOTADA POR OUTROS PAÍSES DIANTE DO CONFLITO ENTRE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS E DIREITO INTERNACIONAL

Consagram o monismo com primazia para o direito internacional, vale dizer, não admitem revogação de tratado por lei posterior que o contradiga, a França, a Grécia e o Peru.

21 Ibidem. p. 470.

22 Ibidem. p. 475.

De acordo com a **Constituição Francesa** de 1958, artigo 55: “Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados terão, desde a data de sua publicação, autoridade superior à das leis, com ressalva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte”.

A **Constituição da Grécia** de 1975, em seu artigo 28, § 1.º, estatui: “As regras de direito internacional geralmente aceitas, bem como os tratados internacionais após sua ratificação (...), têm valor superior a qualquer disposição contrária das leis”.

A **Constituição do Peru** de 1979, no artigo 101, estabelece: “Os tratados internacionais, celebrados pelo Peru com outros Estados, formam parte do direito nacional. Em caso de conflito entre o tratado e a lei, prevalece o primeiro”.

O sistema consagrado nos **Estados Unidos da América** é o da paridade entre tratado e lei federal, aplicando-se, em caso de conflito, a regra *lex posterior derogat priori*. Confere-se nos Estados Unidos da América, tal como no Brasil, força de lei federal a tratados, de forma que lei interna federal posterior pode repelir, no plano interno, eficácia jurídica de tratado anterior. “Se assim não fosse,” — observa Bernard Schwartz — “estar-se-ia dando ao tratado não força de lei, mas de restrição constitucional”.²³

Na prática, no entanto, em razão da tradicional atitude de deferência dos juízes e tribunais norte-americanos diante de quaisquer matérias que envolvam relações internacionais, tem sido dada preferência a tratados, salvo nos casos em que seja evidente a intenção do Legislativo de alterar, mediante lei interna posterior, tratado em vigor.²⁴

3.4. CONSTITUIÇÃO X DIREITO INTERNACIONAL

Diferentes soluções vêm sendo adotadas pelas constituições dos diversos países diante de confrontos entre Constituição e direito internacional, os quais se traduzem no confronto entre o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica, pretendido especialmente por constituições rígidas, e o aforismo *pacta sunt servanda*.

23 Ibidem. p. 465.

24 BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 17.

No direito europeu predomina a regra de acordo com a qual tratados que conflitem com a constituição somente podem ser aprovados depois de promovida a necessária reforma constitucional. Adotam expressamente essa solução a Constituição Francesa, a Constituição Argelina, a Constituição Espanhola e a Constituição Alemã.

A Constituição Portuguesa adotou regime híbrido, de acordo com o qual a inconstitucionalidade formal ou material de tratados cumpridos pela(s) outra(s) parte(s) signatária(s) somente impede sua aplicação na ordem jurídica portuguesa se a inconstitucionalidade decorrer de violação a uma norma constitucional **fundamental**. Dispõe o artigo 227, 2, da Constituição Portuguesa:

A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados inconstitucionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental.

A Constituição Holandesa, considerada por Francisco Rezek “excepcional, provavelmente a única”,²⁵ passou a tolerar, após a revisão de 1956, em determinadas circunstâncias, **a conclusão de tratados derogatórios do seu próprio texto**, cuja homologação é capaz de importar, por si mesma, uma reforma constitucional. Requer-se, dentre outros pressupostos, aprovação prévia do tratado por dois terços do parlamento.

3.4.1. NO BRASIL: POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE INTRÍNSECA E EXTRÍNSECA DE TRATADOS

No Brasil, os tratados encontram-se, assim como os demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico, sujeitos ao controle da constitucionalidade, tanto do ponto de vista formal quanto material, ainda que de tal controle possa resultar, em se entendendo pela inconstitucionalidade do tratado, prática de ilícito pelo qual, no plano externo, o País deva responder.

25 Direito dos tratados. *Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 463.*

A possibilidade de controle da constitucionalidade intrínseca de tratados encontra-se consagrada, entre nós, desde a primeira Constituição Republicana, de 24-2-1891, no artigo 59, § 1.º, alínea *a*).²⁶

A Constituição de 1967 já previa expressamente o controle da constitucionalidade de tratados pela via difusa, no artigo 114, III, *b*,²⁷ cuja redação foi integralmente mantida no artigo 119, III, *b*, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. Semelhante previsão encontra-se no artigo 102, III, *b*,²⁸ da Constituição em vigor. Francisco Rezek,²⁹ comentando o artigo 119, I, *l*, da Constituição de 1969,³⁰ e Luis Roberto Barroso,³¹ referindo-se já ao artigo 102, I, *a*, da Constituição de 1988,³² acrescentam que, embora não

26 BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 29.

27 “Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...)

III — julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes, quando a decisão recorrida:

(...)

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

(...).”

28 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

(...)

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

(...).”

29 REZEK, José Francisco. Op. cit., nota 755. p. 462.

30 “Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I — processar e julgar originariamente:

(...)

l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

(...).”

31 BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 29.

32 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I — processar e julgar, originariamente:

a) ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

(...).”

haja precedentes, é possível cogitar de ação direta de inconstitucionalidade contra decreto que promulgue tratado, em razão de seu *status*, equiparado ao de ato normativo federal.

Alguns doutrinadores, como Haroldo Valladão e Agostinho Fernandes, fazem variar a solução conferida ao conflito entre tratado e norma constitucional, conforme seja o tratado anterior ou posterior à vigência da Constituição.

Caso o tratado seja posterior à Constituição com que conflite, entendem que deva prevalecer a Constituição, pois, nesse caso, o tratado decorreria “dum ato internacional inválido, não vigorante, pois não podia ter sido aprovado nem ratificado”.³³

Caso o tratado seja anterior à Constituição com que não se harmonize, sustentam que deva prevalecer o tratado, impondo-se ao Estado que o cumpra até sua extinção ou denúncia.

Em vista dos dispositivos antes mencionados da Constituição Federal, poderia parecer, à primeira vista, que a Constituição não afastou a possibilidade de acolhida da tese de Haroldo Valladão e Agostinho Fernandes, de acordo com a qual tratados anteriores à Constituição deveriam prevalecer, ainda que com ela conflitassem. A dúvida surgiria porque, embora haja discussão doutrinária a respeito de como se daria a invalidação de normas jurídicas anteriores conflitantes com a Constituição — se mediante revogação ou declaração de inconstitucionalidade —, consolidou-se, no direito intertemporal brasileiro, a tese de que “não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior à entrada em vigor da Constituição”.³⁴

O Supremo Tribunal Federal, todavia, no julgamento de confronto entre o GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) e a Emenda Constitucional n.º 23, de 1-12-1983, posterior ao referido acordo,

33 BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 23.

34 Ibidem. p. 30. *Opiniões diversas podem ser identificadas, todavia. Castro Nunes, por exemplo, afirma haver, relativamente à legislação anterior incompatível com a Constituição, inconstitucionalidade, pois revogação pressuporia cotejo de leis de mesmo nível ou autoridade. “A Constituição não revoga leis, senão quando expressamente o faça”, o que ainda seria “uma excrecência constitucional”, dado o caráter hierarquicamente superior da Constituição. (In: SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 145.)*

deu preferência à disposição constitucional introduzida por força da citada emenda, afastando o entendimento de Haroldo Valladão e Agostinho Fernandes.

A questão se põe relativamente à cobrança de imposto sobre circulação de mercadorias (ICM) na importação de bens de capital de países membros do GATT. Antes da Emenda Constitucional n.º 23, de 1-12-1983, o STF editou o verbete n.º 575 de sua Súmula, com o seguinte teor: “À mercadoria importada de país signatário do GATT ou membro da ALALC, estende-se a isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias concedida a similar nacional”. A Emenda Constitucional 23/83 acrescentou o parágrafo 11 ao artigo 23 da Constituição então em vigor, determinando a incidência do ICM sobre “mercadoria importada do exterior”, sem fazer qualquer distinção quanto ao país de origem.³⁵

O STF, no julgamento de recurso extraordinário interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, tendo como relator o Ministro Carlos Madeira, reformou acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que proferiu decisão mantendo a isenção nos casos de importação de bens de capital de países signatários do GATT, não obstante o parágrafo 11 acrescido ao artigo 23 da Constituição Federal. Assim, o STF firmou entendimento de que mesmo que o tratado seja anterior à norma constitucional com que não se compatibilize, não prevalece em detrimento da norma fundamental.³⁶

35 *Era essa a redação do § 11 acrescido ao art. 23 da Constituição de 1969: “O imposto a que se refere o inciso II (ICM) incidirá, também, sobre a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior por seu titular, inclusive quando se tratar de bens destinados a consumo ativo fixo do estabelecimento”.* (Grifos nossos.)

36 *Do referido julgado extraem-se os seguintes trechos que evidenciam o entendimento do STF de que deve prevalecer a norma constitucional, ainda que posterior ao tratado com que conflite:*

“Inadmissível a prevalência de tratados e convenções internacionais contra o texto expresso da Lei Magna (...).

Os acordos internacionais, como é o caso do GATT, protegem os produtos originários dos países contratantes. Todavia, não há como admitir, como deixou entender a decisão recorrida, que na nova tributação autorizada pela Emenda Constitucional n.º 23, deva ser atendido o que prescreve um tratado internacional (...).

Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar-se que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política”. (RTJ, 121:270, 1987, RE 109.173-SP, rel. Min. Carlos Madeira. In: BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 31.)

Nos Estados Unidos da América, consagra-se a superioridade da Constituição sobre atos internacionais. De acordo com o Terceiro Ajuste sobre Legislação pertinente a Relações Estrangeiras (*Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States*), de 1988, não podem ser aplicadas no ordenamento jurídico norte-americano normas internacionais que violem a Constituição, embora a inconstitucionalidade como fundamento da referida não-aplicação não tenha o condão de afastar eventual responsabilidade internacional dos Estados Unidos da América decorrente do descumprimento de tratados e convenções. Dispõe o § 111 do referido diploma:

In their character as law of the United States, rules of international law and provisions of international agreements of the United States are subject to the Bill of Rights and other prohibitions, restrictions, and requirements of the Constitution, and cannot be given effect in violation of them. However, failure of the United States to carry out an obligation on the ground of its unconstitutionality will not relieve the United States of responsibility under international law.³⁷

Não obstante ser inquestionável a superioridade da Constituição norte-americana sobre atos internacionais, a Suprema Corte jamais declarou um tratado inconstitucional nos Estados Unidos da América. Tal fato se deve à tradição de juízes e tribunais norte-americanos cederem aos poderes políticos, notadamente ao Presidente da República, a atribuição de aferir a validade de quaisquer atos que envolvam relações internacionais de qualquer natureza.

A referida atitude de deferência ao Executivo diante de quaisquer questões que envolvam relações internacionais pode ser verificada no caso *United States vs. Alvarez Machain*, de 1992, quando a Suprema Corte, por maioria e reformando decisão de instâncias inferiores, admitiu a possibilidade de submeter a julgamento nos Estados Unidos cidadão mexicano que fora seqüestrado no México, sem anuência daquele país, que formulou protesto diplomático. A Suprema Corte afastou a incidência do tratado de extradição entre Estados Unidos e México sob o argumento primário de que não haveria, nele, proibição expressa de seqüestro. Concluiu, ao final, que,

37 BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., nota 48. p. 27.

embora o seqüestro violasse princípios de direito internacional, a decisão sobre a restituição ou não do acusado ao seu país era questão de competência discricionária do Executivo, pelo que, estando o acusado nos Estados Unidos, à Justiça caberia apenas julgá-lo, independentemente de haver sido para lá conduzido por meio lícito ou ilícito.³⁸

Em relação, especificamente, a possíveis conflitos entre a Constituição e tratados internacionais, que seriam, em verdade, “desconhecidos” pela Suprema Corte por se entender que, tratando-se de “questões políticas”, não deveria haver espaço para controle judicial, Barroso cita o julgado da Suprema Corte no caso *Barquero vs. United States*, onde se afirmou a constitucionalidade do tratado celebrado entre Estados Unidos e México sobre troca de informações tributárias, o qual permite que, mediante requerimento do outro país, a autoridade governamental requisite a qualquer banco comercial informações sobre determinado correntista.³⁹

IV. DIREITO INTERNO X DIREITO INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

4.1. CONFLITO SE SOLUCIONA MEDIANTE APLICAÇÃO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

Em matéria de direitos humanos, Cançado Trindade, especialista brasileiro em Direito Internacional dos Direitos Humanos, observa que não há mais pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, nos termos da polêmica travada entre dualistas e monistas, devendo prevalecer a norma mais favorável à vítima, conforme já consagrado em diversos tratados de direitos humanos.

Non mais há pretensão de primazia de um ou outro, como na polêmica clássica superada entre monistas e dualistas. No presente domínio de proteção, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas.

38 *Ibidem*, nota 28. p. 27.

39 *Ibidem*, nota 51. p. 28.

4.2. PARÁGRAFO 2.º DO ARTIGO 5.º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: HAVERIA DISPENSA DE PROMULGAÇÃO PARA RECEPÇÃO DE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL?

É em matéria de direitos humanos que a Constituição de 1988 contém sua única disposição a respeito das relações entre direito internacional e direito interno. Estabelece, no parágrafo único de seu artigo 5.º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, **ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte**”. (Grifos nossos.)

Celso Mello afirma ser redundante o referido dispositivo, pois “os tratados de que o Brasil faz ‘parte’ já são obrigatórios com ou sem o dispositivo acima”.⁴⁰ Parece que, no entanto, ao mencionar tratados internacionais em que o País “**seja parte**” (art. 5.º, § 1.º), logo após assegurar “**aplicação imediata**” a normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, § 1.º), a Constituição, talvez, gere dúvidas quanto ao momento de entrada em vigor, no Direito Interno, de tratados de direitos humanos.

4.2.1. SISTEMAS DE ENTRADA EM VIGOR DE TRATADOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

O direito internacional é indiferente ao método eleito pelo Estado para promover a **recepção** da norma convencional por seu ordenamento jurídico. Em apertada síntese, vale fazer referência aos possíveis sistemas de entrada em vigor de tratados no direito internacional, a fim de que se possa compreender a independência entre os momentos em que tratados se tornam aplicáveis no âmbito internacional e no âmbito interno.

4.2.1.1. VIGÊNCIA CONTEMPORÂNEA AO CONSENTIMENTO

Por esse sistema, tratados costumam entrar em vigor no direito internacional antes de sua entrada em vigor no direito interno.

Terminadas as negociações, é dado à assinatura apenas efeito autenticatório do texto, ficando estabelecido que o tratado entrará em vigor, imediatamente, por ocasião da ratificação pelas partes. Ratificação

40 MELLO, Celso de Albuquerque. Op. cit. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 188.

“é o ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se”.⁴¹

Assim, desde a ratificação por quantas partes signatárias haja sido acordado, os tratados, por esse sistema, entram em vigor no direito internacional. No direito interno brasileiro, suas normas apenas serão recepcionadas após a promulgação do tratado por decreto presidencial.

Esse sistema foi adotado no Acordo de Co-produção Cinematográfica Brasil-Itália (Roma, 1970): “Art. 15. O presente Acordo entrará em vigor a partir da data de troca dos instrumentos de ratificação (...)”.

4.2.1.2. VIGÊNCIA DIFERIDA

Por esse sistema, perfeito que se encontre o vínculo obrigacional pelo consentimento definitivo de quantas partes componham o quorum acordado, certo prazo de acomodação flui antes da entrada em vigor do tratado no direito internacional.

Essa *vacatio*, prevista no próprio tratado, foi concebida para possibilitar que coincidam os momentos de entrada em vigor de suas normas no direito internacional e no direito interno, pois confere tempo para que, no plano interno, proceda-se às formalidades necessárias à recepção do tratado.

Em várias ocasiões, todavia, observa-se haver transcorrido o prazo de acomodação sem que qualquer providência fosse tomada no plano interno para a recepção do tratado.

Esse sistema, considerado ideal, foi adotado na Convenção sobre igualdade de direitos e deveres entre brasileiros e portugueses (Estatuto da Igualdade; Brasília, 1971): “Art. XVIII. A presente Convenção será ratificada pelo dois países em conformidade com as respectivas disposições constitucionais e entrará em vigor um mês após a troca dos instrumentos de ratificação”.

Foi adotado, outrossim, na Convenção n.º 92 da Organização Internacional do Trabalho, sobre alojamento da tripulação a bordo (Genebra, 1949), tratando-se de pacto multilateral, quorum de ratificação como critério para demarcar a data de entrada em vigor no plano internacional:

41 REZEK, José Francisco. Op. cit. p. 267.

Art. 21. (...)

2. A presente Convenção entrará em vigor seis meses depois da data em que tenham sido registradas as ratificações de sete dos seguintes países: (...), ficando entendido que, desses sete países, quatro, pelo menos, deverão possuir, cada um, uma marinha mercante de, no mínimo, um milhão de toneladas de brutas registradas (...).

4.2.1.3. VIGÊNCIA PROVISÓRIA

Por esse sistema, o tratado entra em vigor provisório no plano internacional simultaneamente ao consentimento prenunciativo dos governos, que, geralmente, não possuem competência constitucional para determinar, desde logo, o consentimento e o vigor definitivos.

Rezek entende que essa vigência precária “deve poder cessar *de imediato* se denegado ao governo, internamente, o requisito de confirmação”. O Ministro parece sugerir, assim, que não poderia haver responsabilidade internacional pelo “descumprimento” do tratado em decorrência, por exemplo, de sua não aprovação pelo Congresso.

Esse sistema foi adotado pelo Acordo Comercial Brasil-China (Pequim, 1978):

O presente acordo entrará em vigor, provisoriamente, a partir da data de sua assinatura e passará a vigorar definitivamente desde o dia em que as Partes Contratantes se informarem, reciprocamente, do cumprimento de suas respectivas formalidades legais internas.

4.2.2. RECEPÇÃO DE TRATADOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: NECESSIDADE DE PROMULGAÇÃO E, NÃO, DE “LEI DE EXECUÇÃO”

Vistos três dos sistemas pelos quais tratados entram em vigor no plano internacional, cumpre-me fazer referência à forma pela qual são recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil, é imprescindível, para que possam ser invocados internamente, bem como para que contem com garantia de vigência pelo Judiciário, que seja dada publicidade aos tratados ratificados pelo País.

A promulgação dos tratados por decreto do Presidente da República vale como ato de publicidade da existência do tratado, introduzindo-o no direito interno com hierarquia de lei federal. Tal promulgação, todavia, não representa exigência constitucional, sendo produto de praxe que remonta aos primeiros exercícios convencionais do Império. Cuida-se de tratado simplesmente porque os atos do Chefe do Executivo costumam ter esse nome.

Quanto aos acordos do Executivo, a simples publicação no Diário Oficial, autorizada pelo ministro das Relações Exteriores e efetivada pela Divisão de Atos Internacionais do Itamaraty, garante sua introdução no ordenamento jurídico nacional, sem que haja manifestação do Congresso nem intervenção formal, a qualquer título, do Presidente da República.

Sustentam, adeptos da teoria dualista, todavia, que tratados somente ingressariam no direito interno após a edição de uma lei que lhes confira vigência interna, denominada “lei de execução”.

O STF afastou tal entendimento no julgamento, em plenário, em 1971, do recurso extraordinário n.º 71.154, tendo como relator o Ministro Oswaldo Trigueiro.

Acordou-se, na ocasião, por unanimidade, que basta, para a recepção interna de tratados, a aprovação pelo Congresso seguida de promulgação pelo Presidente da República.

Em seu voto, afirmou o relator:

(...) Não me parece curial que o Brasil firme um tratado, que esse tratado seja aprovado definitivamente pelo Congresso Nacional, que em seguida seja promulgado e, apesar de tudo isso, sua validade ainda fique dependendo de novo ato do Poder Legislativo. (...)

A objeção seria ponderável se a aprovação do tratado estivesse confiada a outro órgão, que não o Congresso Nacional.

Acresce que a aprovação dos tratados obedece ao mesmo processo de elaboração da lei, com a observância de idênticas formalidades de tramitação. (...)

Por outro lado, a Constituição inclui na competência do Supremo Tribunal Federal a atribuição de julgar, mediante recurso extraordinário,

causas oriundas da instância inferior quando a decisão for contrária à letra de tratado ou de lei federal.

A meu ver, essa norma consagra a vigência dos tratados, independentemente de lei especial, (...) exigida para a validade desta a aprovação pelo Congresso, porém não sua reprodução formal em texto da legislação interna.

A definitiva aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, revoga as disposições em contrário da legislação ordinária.

Sendo assim, conclui-se que a recepção de tratados pelo ordenamento jurídico brasileiro depende de aprovação pelo Congresso e de promulgação pelo Presidente da República.

No plano internacional, a vigência de tratados pode anteceder sua recepção pelo ordenamento jurídico interno, seja em razão de haver-se adotado o sistema de vigência contemporânea ao consentimento; seja por haver-se deixado fluir o prazo de acomodação do sistema de vigência diferida, sem que fossem tomadas as providências necessárias a que o tratado entrasse simultaneamente em vigor no direito internacional e no direito interno; seja, por fim, por haver-se optado pela vigência provisória.

Verificou-se, outrossim, que o conflito de normas de direito interno e de direito internacional em matéria de direitos humanos não mais se soluciona com base na adoção da teoria monista ou da teoria dualista, mas sim mediante busca da norma que seja mais favorável à vítima.

Em vista do exposto, bem como de haver a Constituição Federal garantido **aplicação imediata** a normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, § 1.º), sem excluir os decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5.º, § 2.º), parece questionável se, quanto a tratados de direitos humanos, não seria suficiente a ratificação pelo Presidente da República para que tivessem asseguradas suas aplicabilidades por juízes e tribunais do País.

O direito da sociedade à informação jornalística e os Direitos da Pessoa

PAULO ROBERTO SOARES MENDONÇA*

INTRODUÇÃO. I. HISTÓRICO E FUNDAMENTOS. 1.1. QUADRO HISTÓRICO NO BRASIL. II. LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA. 2.1. LIMITES À LIBERDADE DE IMPRENSA. 2.1.1. RESPEITO À PRIVACIDADE, À HONRA E À IMAGEM DAS PESSOAS. 2.1.1.1. DIREITO À PRIVACIDADE. 2.1.1.2. HONRA E IMAGEM. 2.1.2. DIREITO À INFORMAÇÃO VERDADEIRA. 2.1.3. LEALDADE E BOA-FÉ NA TRANSMISSÃO DA INFORMAÇÃO. 2.1.4. CENSURA. III. DIREITO DE SER INFORMADO. 3.1. OPINIÃO PÚBLICA E ÓRGÃOS DE IMPRENSA. 3.2. ESTADO E IMPRENSA. IV. FORMAS DE REPARAÇÃO DOS DANOS À PESSOA, CAUSADOS PELA INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA. 4.1. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. 4.2. DIREITO DE RESPOSTA. 4.2.1. DIREITO DE RESPOSTA E DE RETIFICAÇÃO. V. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Este trabalho discute o tema da liberdade de imprensa sob uma perspectiva que privilegia a visão dos direitos fundamentais da pessoa na ordem constitucional vigente. A partir desse enfoque, a liberdade de imprensa será inserida no contexto da liberdade de manifestação de pensamento e suas limitações discutidas em função do conflito existente entre uma concepção irrestrita dessa liberdade e outros valores individuais consagrados pela ordem constitucional, como a privacidade, a honra, a imagem e o direito à informação verdadeira.

* *Mestre e Doutor em Direito e Procurador do Município do Rio de Janeiro.*

Inicialmente, o trabalho empreende uma análise histórica da liberdade de manifestação de pensamento, sobretudo da liberdade de informar por meio da linguagem escrita. A popularização da difusão de informações por meio de impressos é algo relativamente recente na história da humanidade, havendo adquirido maior impulso a partir da invenção da imprensa, em meados do século XV. Também o desenvolvimento da imprensa no Brasil é objeto de abordagem neste trabalho, sobretudo as limitações existentes à livre atuação dos órgãos de imprensa brasileiros, desde o período colonial até os dias atuais.

O ponto central do trabalho está diretamente relacionado com a liberdade de imprensa em si e com os limites por ela experimentados dentro da atual ordem constitucional brasileira, principalmente no que diz respeito à veracidade das notícias e à preservação da honra, imagem e privacidade das pessoas. Além disso, são debatidos os limites éticos à atuação dos meios de comunicação e a relação entre as empresas de comunicação e o Estado. Do mesmo modo, as formas de reparação pelos danos causados na transmissão das informações jornalísticas são objeto de análise deste trabalho.

Outra preocupação fundamental está ligada ao contraponto existente entre a liberdade de imprensa, o direito da sociedade de ser informada e os direitos fundamentais daqueles que são objeto das notícias; questão esta que é fonte de grandes polêmicas, uma vez que todos esses direitos têm base constitucional, apesar de eventualmente entrarem em conflito entre si. Assim, será também discutida a forma de preservação dos direitos da pessoa em um ambiente de liberdade de imprensa.

I. HISTÓRICO E FUNDAMENTOS

Ao longo da história da humanidade, a liberdade de expressão dos indivíduos tem sofrido inúmeras limitações, havendo sido mesmo sufocada em boa parte do tempo, por razões políticas, ideológicas, filosóficas e religiosas. Os diferentes tipos de sociedade em que prevalece uma cultura teocêntrica têm em comum o fato de que uma determinada elite religiosa detém o monopólio da vontade dos deuses e conseqüentemente da informação, não havendo portanto, um maior espaço para o debate social de teses e o questionamento de valores. Esse era precisamente o modelo que prevalecia na Antigüidade, no período anterior ao florescimento das civilizações grega e romana, primeiras a estabelecer uma separação entre

as esferas do divino e do social, permitindo que as questões relevantes pudessem ser discutidas pela sociedade como um todo, sem os rígidos limites impostos por valores religiosos.

Com o declínio da cultura clássica no ocidente e o fortalecimento do poder da Igreja, a partir da Idade Média observou-se um retorno a um modelo cultural fortemente teologizado, que redundou em severas limitações à difusão de idéias. A Igreja passou a estabelecer um controle rigoroso sobre o tipo de conhecimento difundido na sociedade, de modo que não viessem a ser feridos os princípios cristãos.

A par desses fatores, até a invenção da imprensa por Gutemberg, em 1448, a divulgação de idéias enfrentava limitações de cunho material bastante expressivas, pois a escrita era conhecida por poucos e as obras manuscritas eram acessíveis a setores minoritários da sociedade. A posterior dinamização da imprensa tornou mais fácil a transmissão de conhecimentos e informações entre diferentes locais, permitindo uma maior integração cultural entre os povos.

Tal realidade era também fonte de novos tipos de preocupação, uma vez que o monopólio da informação sofreria uma ruptura, a partir do momento em que um universo indeterminado de indivíduos passasse a ter acesso aos textos impressos. Em função disso, a Igreja e mais tarde os próprios Estados absolutistas passaram a exercer um rigoroso controle sobre as atividades de imprensa — vistas aqui não somente no significado jornalístico do termo —, de modo a condicionar o seu exercício a um tipo de concessão estatal, que compreendia, até mesmo, um severo controle sobre o conteúdo dos impressos.

Não por coincidência, a liberdade de manifestação de pensamento e de imprensa constituiu uma das principais bandeiras dos movimentos burgueses de oposição ao Antigo Regime, surgidos a partir do final do século XVII. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão — de 1789, na França — consagrou expressamente a liberdade de manifestação escrita do pensamento, por meio do disposto no art. 11:

Art. 11. A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode, pois, falar, escrever, imprimir livremente, ressalvada a responsabilidade pelo abuso desta liberdade nos casos determinados pela lei.

Do mesmo modo, a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos privilegiou a liberdade de imprensa:

O Congresso não votará leis que disponham sobre o estabelecimento de uma religião ou sobre a proibição de qualquer outra, ou que cerceiem a liberdade de palavra ou de imprensa ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de dirigir petições ao Governo para reparação de agravos.

Em realidade, o chamado Estado burguês nasceu sob o signo das liberdades públicas, sobretudo aquelas ligadas ao debate público das questões do Estado e ao acesso da coletividade à informação.

1.1. QUADRO HISTÓRICO NO BRASIL

Durante o período colonial, vigorava a absoluta proibição da introdução de tipografias no Brasil, a fim de que idéias libertárias não penetrassem na Colônia, tendo as poucas iniciativas nesse sentido sofrido severa repressão, como destaca Nelson Werneck Sodré.¹ Além disso, para Sodré, o modelo de colonização adotado no Brasil não servia de grande estímulo para o desenvolvimento de um tipo de ambiente culturalmente rico:

Instrumento herético, o livro foi, no Brasil, visto sempre com extrema desconfiança, só natural nas mãos dos religiosos e até aceito apenas como peculiar ao seu ofício, e a nenhum outro. As bibliotecas existiam nos mosteiros e colégios, não nas casas de particulares. Mas ainda aquelas foram pouquíssimas, de livros necessários à prática, constituindo exceção mesmo os edificantes. A dos jesuítas da Bahia, quando da expulsão pombalina, levada a hasta pública, não encontrou licitantes, deteriorando-se os livros seqüestrados, ou utilizados pelos boticários, para “embruçar adubos e unguentos”. O mesmo aconteceu com a do Maranhão: mantida em depósito, foi examinada decênios depois, não encontrando nela Araújo Viana um só livro aproveitável.²

1 SODRÉ, Nelson Werneck. História da imprensa no Brasil, 2. ed., Rio de Janeiro: Graal, 1977. p. 20-21.

2 Ibidem. p. 14.

Somente no final do século XVIII começaram a surgir as primeiras bibliotecas particulares no Brasil e, juntamente com elas, as novas idéias burguesas, gestadas na América do Norte e na Europa. As obras eram submetidas a rigorosa censura prévia, sendo os textos proibidos clandestinamente introduzidos na Colônia, por meio de livreiros franceses instalados em Portugal.³

Apenas com a vinda da família real para o Brasil, em 31 de maio de 1808, deu-se a criação da Imprensa Régia e a publicação do primeiro jornal em terras brasileiras: a Gazeta do Rio, em 10 de setembro do mesmo ano, o qual continha, basicamente, atos oficiais de Governo e anúncios sobre a família real. Paradoxalmente, o primeiro jornal não oficial do Brasil, o Correio Brasiliense, criado também em 1808, era publicado em Londres, a fim de escapar dos rigorosos critérios de censura prévia aplicados às publicações impressas na Colônia. Durante boa parte de sua existência, este periódico sofreu forte repressão, sendo freqüentes as apreensões de seus exemplares nos portos brasileiros. Tal situação perdurou até a Revolução do Porto de 1820, de perfil liberal, após a qual o rigor da censura foi reduzido, tendo então o Correio Brasiliense passado a ter livre circulação, até a sua extinção em 1822, ano da Independência, quando já eram inúmeros os periódicos publicados no Brasil.

As mudanças da década de vinte, em Portugal, marcaram também o início da imprensa livre no Brasil, principalmente após a consagração do princípio da liberdade de imprensa pelas Cortes Constituintes portuguesas, por meio do art. 8.º das Bases da Constituição:

A livre comunicação dos pensamentos é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, conseqüentemente, sem dependência de censura prévia, manifestar suas opiniões em qualquer matéria, contanto que haja de responder pelo abuso desta liberdade nos casos e na forma que a lei determinar.

O príncipe regente editou então o Aviso de 28 de agosto de 1821, abolindo a censura nas provas tipográficas e vedando o anonimato, na forma a seguir transcrita:

3 Ibidem. p. 16.

Tomando S.A. real em consideração quanto é injusto que, depois do que se acha regulado pelas Cortes Gerais Extraordinárias da Nação Portuguesa sobre a liberdade de imprensa, encontrem os autores e editores inesperados estorvos à publicação dos escritos que pretenderem imprimir: É o mesmo Senhor servido mandar que se não embarace por pretexto algum a impressão que se quiser fazer de qualquer escrito, devendo unicamente servir de regra o que as mesmas Cortes têm determinado sobre este objeto.

Por mais contraditório que possa parecer, justamente após a Independência, teve início um ciclo de repressão aos diversos órgãos de imprensa surgidos no Brasil posteriormente à Revolução do Porto, os quais defendiam idéias liberais e republicanas, que naturalmente desagradavam ao agora Imperador do Brasil, D. Pedro I. A faceta autoritária do Imperador se tornou bastante clara com a dissolução da Assembléia Constituinte e a outorga da Constituição de 1824. Apesar de seu perfil centralizador, o texto outorgado consagrou — ao menos formalmente — a liberdade de imprensa no Brasil, em seu art. 179, § 5.º, proibindo a censura e sujeitando o abuso de tal liberdade às penas da lei.

Com a abdicação do trono por D. Pedro I, a imprensa teve um grande impulso no Brasil, adquirindo uma atitude mais dinâmica, sobretudo com a difusão de ideais republicanos, que iriam influenciar os diferentes movimentos políticos surgidos no período regencial e, mais tarde, os próprios abolicionistas e integrantes do movimento republicano. Mesmo experimentando algumas crises eventuais, o sistema de liberdade de imprensa no Brasil permaneceu estável até a Carta do “Estado Novo”, de 1937, que, na opinião de Luis Gustavo Grandinetti de Carvalho,⁴ foi a que mais limitou a liberdade de imprensa, pois instituiu a censura prévia à imprensa e a proibição de circulação e divulgação de publicações ofensivas à defesa do Estado, da ordem pública, da paz e da segurança pública. Este controle foi disciplinado pelo Decreto n.º 1.949, de 30-12-1939. Nelson Sodré destaca precisamente a dimensão da interferência do Estado na atividade da imprensa, então verificada:

4 CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira, *Rio de Janeiro, Renovar: 1994. p. 19.*

A ditadura criou órgão específico, o Departamento de Imprensa e Propaganda, chefiado por Lourival Fontes, segundo o modelo nazista; o famigerado DIP controlava a imprensa e o rádio e baixava listas de assuntos proibidos. Nos Estados, foram instalados os Departamentos Estaduais de Imprensa, DEI, que faziam o mesmo serviço (...).⁵

Após a II Guerra Mundial, a Carta de 1946 restaurou o perfil liberal da disciplina da matéria no Brasil, até o regime da Carta de 1967, que instituiu novamente a censura à imprensa e no qual são comuns as perseguições a jornalistas e órgãos de imprensa. Nesse contexto, surgiu a Lei n.º 5.250, de 9-2-1967, ainda em vigor com algumas alterações, que disciplina a manifestação de pensamento, sob uma ótica de profunda interferência do Estado, que chegou a um patamar extremo com o endurecimento do “regime”, a partir do Ato Institucional n.º 5, de 13-12-1968 e da Emenda n.º 1, de 17-10-1969, alcançando até mesmo um controle sobre o conteúdo político das matérias jornalísticas.

Com a Constituição de 1988, foi abolida a censura no Brasil, prevalecendo um sistema de ampla liberdade de imprensa, apesar de a Lei n.º 5.250, de 1967, ainda permanecer em vigor. Tramita hoje no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 3.232, de 1992, que “dispõe sobre a liberdade de imprensa, de opinião e de informação, disciplina a responsabilidade dos meios de comunicação e dá outras providências”, que vem sendo alvo de profundas discussões nos meios político e jornalístico brasileiros, em função das disposições, nele presentes, a respeito da responsabilização jurídica dos órgãos de imprensa pelos atos praticados na divulgação de notícias.

II. LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA

A liberdade de comunicação engloba o conjunto de disposições e princípios constitucionais que asseguram a livre circulação de informações e idéias. Inclui a liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de informação e a liberdade de informação jornalística (liberdade de imprensa).

A liberdade de informação jornalística ou liberdade de imprensa é espécie do gênero liberdade de informação e difere do direito à informação, que

5 SODRÉ, Nelson Werneck. Op. cit. p. 439.

tem a natureza de direito coletivo, segundo José Afonso da Silva.⁶ A liberdade de informação está ligada à liberdade de transmitir as informações, enquanto o direito à informação se relaciona mais intimamente com o acesso de todos à informação, conforme será melhor discutido no item III *infra*.

A liberdade de imprensa, apesar de inserida no contexto da liberdade de informação, merece destaque por ser exatamente uma das discussões mais marcantes da chamada “sociedade de massas”. Em função disso, recebeu do constituinte brasileiro um tratamento privilegiado no art. 220 da Carta, que cunha o termo **liberdade de informação jornalística**, no sentido da tradicional expressão **liberdade de imprensa**, uma vez que tal direito também é assegurado às empresas de rádio e televisão e não somente à imprensa escrita.

2.1. LIMITES À LIBERDADE DE IMPRENSA

Apesar de assegurar ampla liberdade de expressão às empresas jornalísticas, a Constituição fixou também os limites de sua atuação, a fim de coibir eventuais abusos no exercício desta liberdade, que serão a seguir discutidos.

2.1.1. RESPEITO À PRIVACIDADE, À HONRA E À IMAGEM DAS PESSOAS (Art. 5.º, inciso X, c.c. art. 220, § 1.º, da CF)

2.1.1.1. DIREITO À PRIVACIDADE

Trata-se de um direito estritamente ligado à esfera pessoal dos indivíduos, impondo limites à divulgação pública de atitudes familiares, afetivas, morais, religiosas, entre outras. A Constituição Federal faz referência à **vida privada**, expressão diretamente ligada àquela parcela da vida de uma pessoa que não pode ser acessível a terceiros, a menos que haja sua concordância expressa.

O projeto de lei sobre liberdade de imprensa, em tramitação no Congresso Nacional, prevê o delito de violação da vida privada de alguém, no exercício da liberdade de informação, como se vê no art. 5.º, inciso VII, a seguir transcrito:

6 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 239-240.

Art. 5.º Constituem delitos, no exercício da liberdade de pensamento e informação:

(...)

VII — violar a intimidade e a vida privada de alguém;

(...)

2.1.1.2. HONRA E IMAGEM

As noções de honra e imagem guardam traços de identidade bastante fortes, apesar de apresentarem diferenças entre si. A honra está mais diretamente associada à reputação de uma pessoa na sociedade, enquanto a imagem está ligada à forma como esta pessoa se apresenta fisicamente à sociedade. Ambas representam dados inatos da pessoa, merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico, representando, portanto, limitações à liberdade de imprensa.

Juntamente com a vida privada, a honra e a imagem são protegidas pela Constituição brasileira no art. 5.º, incisos V e X, contra os excessos eventualmente praticados por órgãos de imprensa.

Segundo Antonio Fernández,⁷ deve a intimidade pessoal e familiar prevalecer sobre a liberdade de informação, uma vez que a intimidade é a síntese da configuração constitucional de outros direitos fundamentais (inviolabilidade de domicílio, sigilo nas comunicações, direito de não declarar ideologia, religião ou crenças, livre desenvolvimento da personalidade, etc.) Não há como colocar no mesmo patamar hierárquico a liberdade de imprensa e os direitos ligados à privacidade, imagem e honra do indivíduo, pois estes últimos fazem parte da esfera jurídica intocável de cada um, prevalecendo até mesmo sobre a liberdade de informar, própria dos meios de comunicação de massa.

Quanto aos assuntos de Estado, Antonio Fernandez⁸ reconhece que, em matérias de interesse público, esse direito à intimidade pode se situar em uma posição secundária. Nos negócios públicos, a regra é a publicidade dos atos, sendo o sigilo a exceção; portanto, não poderá a intimidade servir de funda-

7 FERNÁNDEZ, Antonio Aguilera. La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información, Granada: Comares, 1990. p. 115.

8 Idem.

mento para que o governante ou o administrador prive a sociedade de informações relevantes sobre a gestão da coisa pública. Aqui, cabe uma distinção capital entre a preservação da intimidade da figura pública como pessoa e a divulgação dos atos de repercussão pública por ela praticados, ainda que na esfera privada (ex.: declarações de bens de autoridades públicas). No mesmo sentido é a opinião de Antonino Scalisi, a seguir transcrita:

È chiaro così che un atto di cronaca può riferire (o avere ad oggetto) notizie e avvenimenti della vita privata di taluni soggetti se e nella misura in cui gli stessi rivestono “rilevanza sociale”. Rispetto a talune persone il pubblico ha interesse a conoscere in maniera più dettagliata la loro vita anche privata: o per essere in grado di “controllare” il buon andamento della cosa pubblica o, in altri casi, per apprendere e apprezzare come una attività ha portato la persona al “successo” e alla “notorietà”. Così al cittadino interessa sapere se il tal Ministro ha rapporti con ambienti o persone sospette, se il tal Giudice conduce una vita consona alla dignità della carica che ricopre, ovvero sapere — per una lezione di vita — quali sacrifici o quali specifiche rinunzie il tal attore o il tale scrittore o il tal scienziato ha dovuto sopportare o sopporta in ragione della sua attività. In questi casi, a nostro avviso, l’interesse pubblico alla conoscenza ha la funzione di circoscrivere la sfera privata del soggetto interessato ai soli fatti o avvenimenti strettamente personali, ovvero sia rilevanti solo per la sua esistenza individuale.⁹

Assim, em certos tipos de situação, em que a informação pessoal a respeito de uma figura pública apresenta alguma relevância social, poder-se-á excepcionar a regra do resguardo absoluto da sua privacidade. Todavia, isto não corresponde a dizer que os órgãos de imprensa gozarão de uma liberdade ilimitada, uma vez que sempre estarão submetidos aos imperativos de respeito à honra e à imagem das personalidades sobre as quais versa o noticiário, além de serem responsáveis pela veracidade dos fatos transmitidos à sociedade.

9 SCALISI, Antonino. *Brevi Riflessioni su “la Libertà di Cronaca ed il Valore della Persona Umana”*. In: *LOJACONO, Vincenzo*. *Il diritto di famiglia e delle persone, Milano: Dott. A. Giuffrè, p. 1386.*

2.1.2. DIREITO À INFORMAÇÃO VERDADEIRA

No momento em que assegurou a liberdade de imprensa, a Constituição também delimitou claramente a amplitude desse conceito, levando em consideração a necessidade de se preservar a privacidade, a honra e a imagem das pessoas. Do mesmo modo agiu o constituinte, em relação à veracidade das informações que são transmitidas à sociedade. Além do respeito à individualidade das pessoas, os órgãos de imprensa são responsáveis civil e criminalmente pela autenticidade das notícias por eles difundidas.

Para Carvalho,¹⁰ a atividade jornalística, hoje, envolve gastos vultosos, que tornam difícil, para a maior parte da população, o exercício do direito de informar. Em verdade, a informação finda por ser controlada por certos grupos econômicos, gerando um tipo de monopolização de fato. Assim, surgem os chamados filtros de informação, criando o que ele denomina de “notícia consentida”,¹¹ que vem a ser aquela “selecionada, ou até mesmo distorcida, para atender a interesses de classes, grupos ou segmentos sociais”.

Carvalho¹² ainda faz menção à jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha, país onde a matéria é largamente discutida, segundo a qual se exige apenas o dever de diligência de quem informa e não necessariamente a exatidão da informação, para fins de exclusão de responsabilidade. Nestes termos, o entendimento daquela Corte caminha no sentido de que as notícias podem até ser inexatas quanto ao seu conteúdo, mas não há ilicitude se comprovado que o jornalista as obteve de maneira correta e que foram divulgadas de forma ética.

Segundo Luís Gustavo Carvalho,¹³ no mesmo sentido é o entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, firmado a partir do *leading case* “New York Times vs. Sullivan”, no qual foi decidido que “as ofensas praticadas pela imprensa não geram responsabilidade a menos que à inexatidão se some o conhecimento da falsidade ou a absoluta despreocupação de ave-

10 CARVALHO, Luís Gustavo. Op. cit., p. 56.

11 Idem. Ver também, sobre a “filtragem de notícias”, MACKUEN, Michael Bruce; COOMBS, Steven Lane, Más que noticias: el poder de los medios en los asuntos públicos, México: Publigráficos, 1984. p. 83-106.

12 CARVALHO, Luís Gustavo. Op. cit. p. 57.

13 Ibidem. p. 59

riguar essa falsidade ou sua veracidade”. Ele defende um enfoque mais amplo para a matéria, que ultrapasse os estritos limites da comprovação da ocorrência de danos a terceiros, alcançando uma reflexão sobre aspectos éticos da atividade jornalística em si. São freqüentes as situações em que a imprensa induz em erro seus leitores, divulgando informações flagrantemente inverídicas, nas áreas de Direito, Medicina e ciência em geral; sem que haja qualquer lesão a direito individual apurável de imediato. O questionamento por ele lançado liga-se à possibilidade de retificação da informação a partir da iniciativa de qualquer pessoa, independentemente de haver sido diretamente (pessoalmente) lesada pela notícia. Em tais situações, inexistem hoje qualquer sanção penal ou civil aplicável aos órgãos de imprensa, prevalecendo nesse campo a absoluta irresponsabilidade de quem transmite a informação equivocada, a menos que se verifique a ocorrência de lesão aos direitos de certos indivíduos, especificamente identificados.

Atualmente, admite-se algum tipo de controle quanto à veracidade da informação no caso da propaganda enganosa, com base no Código de Defesa do Consumidor, legislação não relacionada diretamente à liberdade de informação jornalística, mas que, para Carvalho, poderia ser aplicada, no que tange ao rito da ação civil pública, nos casos em que a lesão decorrente da informação inverídica seja extensiva a toda a sociedade e não apenas a alguns indivíduos. Aqui, ele adota o mesmo posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira, em relação às finalidades da programação televisiva, previstas no art. 221 da Constituição Federal:

Se é certo, como se mostrou acima, que encontra lugar entre os interesses difusos o dirigido à observância, pelas emissoras de televisão, dos preceitos constantes do art. 221 da Lei Maior, segue-se, em lógica elementar, que a ação civil pública, disciplinada na Lei n.º 7.347, é instrumento adequado à vindicação de semelhante interesse em juízo. Ela constitui, sem discussão possível, um dos “meios legais” que, de acordo com o art. 220, § 3.º, n.º III, devem garantir “à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações (...) que contrariem o disposto no art. 221”; isto é: que não dêem a indispensável preeminência a “finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”, ou que não respeitem os

“valores éticos e sociais da pessoa e da família” — para só nos referirmos aos princípios (que aqui mais nos interessam) dos incisos I e IV.¹⁴

Neste sentido, o direito à informação verdadeira tem como titular a sociedade como um todo, servindo de elemento limitador ao exercício irresponsável da liberdade de imprensa por empresas jornalísticas sem compromisso com a veracidade das informações que divulgam. Por meio de mecanismos como a chamada ação civil pública, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 7.347 e complementada por diferentes leis posteriores, pode a sociedade resguardar-se contra a postura desleal de certos órgãos de imprensa, que falseiam a verdade dos fatos a fim de alcançar objetivos políticos ou comerciais.

2.1.3. LEALDADE E BOA-FÉ NA TRANSMISSÃO DA INFORMAÇÃO

Bastante ligada à verdade da informação está a questão da lealdade e boa-fé na difusão de informações jornalísticas. Lealdade e boa-fé ultrapassam, porém, os limites da veracidade da informação, podendo mesmo uma informação ser precisa quanto ao seu conteúdo, mas divulgada de forma pouco ética, causando transtornos à sociedade, em vez de realizar a tarefa de utilidade pública de mantê-la informada.

Martin Linsky,¹⁵ especialista norte-americano em mídia, legislação e administração pública, cita o interessante exemplo de um caso verídico em que a divulgação de notícias sobre políticas governamentais pela imprensa resultou na tomada de decisões precipitadas, motivadas pela pressão da opinião pública. Tratava-se de uma comunidade americana situada na região de Niagara Falls, em torno de Love Canal, área que recebia despejos de material tóxico de uma indústria química. Segundo a legislação norte-americana, para que se pudesse responsabilizar a referida indústria, era necessária a comprovação dos danos ambientais por ela causados na região.

¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Ação Civil Pública e Programação da TV*. In: Revista de direito administrativo, n.º 201, jul/set, 1995. p. 49-50.

¹⁵ LINSKY, Martin. *Praticando o Jornalismo Responsável: o impacto da imprensa*. In: ELLIOTT, Deni (org.) *Jornalismo versus privacidade*, Rio de Janeiro: Nórdica, 1986, p. 139 e ss.

O modo encontrado pelo Governo americano foi submeter a exames médicos alguns membros da comunidade, que possuíam anomalias genéticas, a fim de comprovar se havia nexos de causalidade entre o problema apresentado e a atividade da indústria.

Era apenas um exame preliminar, que constatou a existência de alterações consideráveis em 1/3 dos pesquisados, o que tornaria necessária uma pesquisa mais detalhada sobre as causas de seus problemas. Porém, estes resultados preliminares “vazaram” para a imprensa e a pressão da opinião pública fez com que o Governo americano tivesse que remover de imediato 710 famílias da região, sem comprovação cabal da existência de qualquer relação entre a atividade da indústria e as alterações orgânicas verificadas nas pessoas examinadas.

Pietro Perlingieri também discute a postura ética da imprensa, mesmo em face de uma informação verdadeira, mas de conteúdo delicado:

Para a exoneração do jornalista não é necessário, nem de outra parte é sempre suficiente, a verdade dos fatos: é preciso a honestidade da sua investigação e de seu controle, a exaustão das circunstâncias; em outros termos, são necessárias lealdade e diligência profissional. Todo poder, constitucional ou não — e aquele da informação não é o menos relevante — deve ter limites internos. A violação de tais limites concretiza um dano extracontratual à pessoa, injusto e como tal ressarcível.¹⁶

Assim, deverá a doutrina da responsabilidade civil dos órgãos de imprensa ir além da mera constatação da veracidade das informações divulgadas, devendo mesmo atingir os excessos cometidos no momento de sua difusão, ou ainda levar em consideração a lealdade que devem ter os jornalistas em relação aos seus leitores. Impõe-se o estabelecimento de limites éticos à atividade jornalística, que não se restrinjam apenas à comprovação da veracidade dos fatos noticiados, mas que sejam extensivos à forma como tais fatos são divulgados para a sociedade.

16 PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil, trad. Maria Cristina da Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 192. (Original: Profili del diritto civile, 3. ed., Napoli: ESI, 1994.)

2.1.4. CENSURA

Desde a Constituição de 1988, pode-se dizer que a atividade jornalística no Brasil está livre de qualquer tipo de censura, por força do disposto em seu art. 220, § 2.º

Em realidade, a atual ordem constitucional brasileira funda-se no princípio da responsabilização do emissor de determinada informação pelos danos dela decorrentes, tendo sido banidos de nossa ordem constitucional quaisquer expedientes que impliquem prévia interferência do Estado naquilo que a sociedade vê, ouve e lê.

A censura representa um instituto incompatível com o princípio constitucional do Estado Democrático de Direito, que pressupõe exatamente o livre debate e circulação de idéias, como bem destaca René Ariel Dotti:

Com efeito, para além do direito de opinião e expressão do pensamento do ponto de vista humano, político e cultural, a liberdade de imprensa responde a uma necessidade de ordem prática, como instrumento de defesa contra a autoridade ilimitada do Estado. Sob esse aspecto, o princípio da liberdade de imprensa é incompatível com o princípio da intervenção do poder político sobre a opinião pública.

A experiência tem comprovado que a simples possibilidade legal dessa intervenção conduz a uma tendência natural do estado para se absolutizar, para confundir a verdade com a sua opinião, para identificar a ilegitimidade com o arbítrio (...).¹⁷

Não há que se confundir, contudo, a vedação à censura com a chancela de uma difusão irresponsável de idéias. A própria Constituição prevê a possibilidade de a lei federal vir a instituir meios legais para que a pessoa e a família possam se defender da programação de rádio e TV (inclusive noticiários) que contrarie os princípios fixados pelo seu art. 221. Barbosa Moreira vai mais longe, ao defender a tese de que tais mecanismos já estão disponíveis, como se vê a seguir:

(...) Como a ninguém se permite, salvo casos excepcionais, fazer justiça pelas próprias mãos, essa outra coisa consistirá na provocação dos poderes públicos, a fim de que

17 DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 136.

coíbam as transgressões, aplicando às entidades responsáveis as sanções cabíveis. Não fica excluído, é claro, que qualquer interessado se dirija aos órgãos competentes da Administração Pública. Pode mostrar-se preferível, contudo, o recurso imediato ao Judiciário, como pode suceder que se decida recorrer a ele ante a inércia da instância administrativa, ou a ineficácia de sua atuação. O exercício do direito de ação está certamente incluído entre os “meios legais” de que fala o art. 220, § 3.º, n.º II.¹⁸

O debate sobre a censura traduz uma grande polêmica, sobretudo quando se fala em liberdade de imprensa. O melhor caminho não é a censura prévia ou *a posteriori*, mas uma efetiva responsabilização civil e criminal de quem propaga informação incorreta ou de forma antiética.

III. DIREITO DE SER INFORMADO

De acordo com José Afonso da Silva,¹⁹ o direito à informação teria um caráter de direito coletivo, enquanto o direito de informar apresentaria uma natureza de direito individual, por ser uma das dimensões da liberdade de comunicação.

O direito à informação tem conteúdo coletivo, por ser inerente a toda a sociedade. Todos têm o direito de receber informações corretas sobre os fatos relevantes da vida social. Este direito está assegurado pelo art. 5.º, incisos XIV e XXXIII, sendo este último especificamente voltado para a prestação de informações pelos órgãos públicos, enquanto o primeiro apresenta um conteúdo mais genérico, levemente direcionado à informação jornalística.

De acordo com René Dotti,²⁰ trata-se de uma questão delicada a delimitação da “fronteira oscilante entre o interesse público à informação e o domínio particular, máxime quando as violações realizadas através da imprensa se referem a pessoas cuja posição permite servirem-se daquela para alcançar os seus objetivos. A melhor doutrina tem considerado que em tais situações, como em outras, a solução apropriada consiste em deixar à jurisprudência o encargo de fixar os limites à liberdade de imprensa, na qualidade de fonte do direito”.

18 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit. p. 47.

19 SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 252.

20 DOTTI, René Ariel. Op. cit. p. 134.

Antonino Scalisi²¹ distingue alguns critérios para o estabelecimento de um equilíbrio entre a liberdade de imprensa, o acesso à informação e a preservação do direito à privacidade. Ele faz referência a uma regra adotada pela jurisprudência italiana, que valora a utilidade social da notícia, a verdade dos fatos e a conveniência das expressões utilizadas pelo cronista, a fim de determinar quando se verificam abusos no exercício da liberdade de imprensa.

Fato socialmente relevante não é apenas o que atende à curiosidade dos leitores, sendo, em realidade, aquele que representa uma informação importante para o bem-estar da sociedade. Não é função da imprensa destacar indiscrições e questões familiares de terceiros, de cunho essencialmente privado, mas apenas a de relatar os fatos na forma exata em que ocorreram, a fim de que a sociedade possa ter respeitado o seu direito de acesso a informações verdadeiras. Assim, em se tratando de figuras públicas, cujos atos repercutam de maneira expressiva na coletividade, podem os órgãos de imprensa fornecer informações pessoais a seu respeito, desde que respeitados determinados limites éticos.

Também a verdade dos fatos é um importante critério para o equilíbrio entre o direito de ser informado e os direitos individuais daqueles que serão objeto da informação. A notícia transmitida ao público deve ser, antes de tudo, verdadeira e decorrer de uma séria apuração do que efetivamente ocorreu em determinada situação.

Além de verdadeira, a informação jornalística deve ser transmitida de forma ética, não excedendo à finalidade de informar com serenidade e objetividade. São violadoras da esfera jurídica individual aquelas matérias que, ainda que verdadeiras em seu conteúdo, dão excessivo destaque a detalhes de menor importância ou vexaminosos em determinada situação, ou que lançam mão de linguajar chulo ou agressivo.

Dessa maneira, a jurisprudência italiana fixa os parâmetros para a limitação dos excessos cometidos no exercício da liberdade de imprensa, mediante medidas reparadoras, que serão especificamente discutidas no item IV *infra*.

O direito que a sociedade tem de receber informações dos órgãos de imprensa deve ser preservado contra manipulações e falseamentos da verdade, mas é também necessário que o direito de ser informado não se so-

21 SCALISI, Antonino. Op. cit. p. 1385.

breponha aos direitos fundamentais da pessoa, como os já mencionados direitos à honra, à imagem e à privacidade. Não obstante sejam todos previstos constitucionalmente, esses últimos merecem um tratamento privilegiado, dentro de uma perspectiva do direito que tenha como enfoque central os direitos da pessoa. Calmon de Passos tem posicionamento semelhante e fornece algumas pistas para a solução deste conflito:

*Essa realidade evidencia o embate entre dois valores que a modernidade tenta afirmar — o direito à informação, na perspectiva do emissor, se configurou como poder, tanto político quanto econômico. E quando isso ocorre o direito se desfuncionaliza e em lugar de servir ao homem se torna instrumento de sua dominação.*²²

Mais do que um mero exercício da liberdade de informação, os meios de comunicação detêm hoje um expressivo poder político e econômico, o que torna os seus interesses mais abrangentes do que apenas o de informar. Disso decorre a necessidade de algum tipo de controle mais efetivo sobre a sua atividade, não a partir do Estado, mas da própria sociedade.

3.1. OPINIÃO PÚBLICA E ÓRGÃOS DE IMPRENSA

A responsabilidade dos órgãos de imprensa é bastante grande, pois são eles grandes formadores de opinião, e o noticiário finda por ser o único meio de acesso à informação de boa parte da sociedade, pelo que deve ser criticada uma certa autonomia exagerada pretendida pelos órgãos da imprensa e a liberdade constitucional de informação jornalística. Será a liberdade de imprensa tão ampla ao ponto de autorizar um tipo de filtragem de informações pelos organismos de imprensa, como hoje se observa? Terão os órgãos de imprensa, além da liberdade de informar, o direito de não informar?

Para Calmon de Passos, o caminho mais adequado para um maior controle da sociedade sobre a manipulação da informação, praticada pela imprensa, passa pela sua democratização:

Destarte, cumpre, em termos de proporcionalidade, para restauração do equilíbrio necessário, institucionalizarem-se controles sociais e políticos sobre os detentores dos

22 PASSOS, J. J. Calmon de. “A Imprensa, a Proteção da Intimidade e o Processo Penal”. In: Revista de processo, n. 73, Revista dos Tribunais, jan-mar, 1994. p. 99.

meios de informação, democratizando-os, a fim de que se façam serviço e não máquinas de manipulação.

Torna-se imperativo não se deixar à margem da utilização dos meios de comunicação instituições da sociedade civil como as universidades, as associações profissionais, os partidos políticos, os sindicatos, os movimentos sociais constituídos em organizações não governamentais, a representatividade das minorias raciais, sexuais e religiosas, enfim, os segmentos significativos da sociedade, o papel de formadora da “opinião pública”.²³

Outra via para a democratização da informação seria o estabelecimento de regras inibidoras da formação de monopólios de informação, a exemplo das existentes em diversos outros ramos da atividade econômica, de modo a impedir que algumas empresas jornalísticas representem a única fonte de informação disponível para a sociedade.

3.2. ESTADO E IMPRENSA

As relações entre imprensa e Estado constituem um terreno também acidentado, no qual, muitas vezes, questões políticas se sobrepõem ao direito coletivo à informação, mormente quando se considera que a estrutura de exploração de atividades de rádio e televisão, no Brasil, está submetida a critérios quase sempre políticos.

O art. 223 da Constituição Federal confere ao Poder Executivo, com a anuência do Congresso Nacional, a competência para a concessão de emissoras de rádio e televisão segundo critérios não muito claros, o que abre a possibilidade de escolhas puramente políticas. Em face da atual disciplina jurídica da matéria no Brasil, resta saber como se portam os concessionários de tais serviços em face do poder central, uma vez que a estabilidade de sua atividade está diretamente condicionada pelo bom relacionamento político, pois as referidas concessões sofrem renovações periódicas, conforme o disposto no art. 223, § 5.º, da CF.

Não por coincidência, pode-se observar que as elites políticas, em quase todas as regiões do Brasil, detêm concessões de rádio e televisão. Em

23 Idem.

sendo assim, como se exigir destas empresas de comunicação isenção no trato dos assuntos políticos locais e nacionais e absoluta fidelidade nas informações transmitidas à sociedade? Nelson Werneck Sodré demonstra uma preocupação constante com o envolvimento normalmente existente entre os meios de comunicação e os regimes políticos:

(...) E quando são inseridas no quadro as novas técnicas de mobilização da opinião, como a televisão e o rádio, também submetidas, em muitos países, à iniciativa privada e associadas, inclusive, à imprensa, e também submetidas a organizações em cadeia, verifica-se quanto aquele problema fundamental se apresenta complexo e depende do regime predominante.²⁴

A atual estrutura dos organismos de imprensa brasileiros permite a formação de oligopólios de comunicação dotados de estreita vinculação com o poder político, o que, com certeza, compromete a credibilidade das informações por eles transmitidas, sobretudo quando ligadas aos interesses dos governantes. Tal situação, faz com que se deva cogitar de uma profunda alteração do regime de exploração dos meios de comunicação hoje adotado no Brasil.

IV. FORMAS DE REPARAÇÃO DOS DANOS À PESSOA, CAUSADOS PELA INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA

4.1. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS

Tem seu fundamento no art. 5.º, incisos V e X, da Constituição Federal, sendo reconhecida tradicionalmente na doutrina e jurisprudência pátrias. Essa forma de reparação pecuniária pelos meios de comunicação, em conseqüência da difusão de informações que impliquem lesão à honra ou à imagem das pessoas, carece de regulação específica no direito brasileiro, constituindo verdadeira hipótese de eficácia direta de um dispositivo constitucional, a partir da atuação da jurisprudência.

Os tribunais brasileiros desenvolveram técnicas próprias para a fixação do valor das indenizações por dano moral, com base nas peculiaridades

²⁴ SODRÉ, Nelson Werneck. Op. cit. p. 6.

des do fato e nas características da matéria jornalística originadora da lesão. Cabe aqui citar algumas decisões referentes a dano moral resultante de matérias jornalísticas:

Ação para ressarcimento de dano moral causado por artigo divulgado em periódico, ofensivo à reputação e à dignidade funcional de membro do Ministério Público.

O prazo para propositura da ação é o do art. 177 do Código Civil e não o da Lei de Imprensa, pois esta só se aplica às hipóteses de crimes contra a honra, previstas no inciso I do art. 49 daquela Lei.

Evidenciado que as expressões ofensivas causaram um sofrimento moral à vítima, fixa-se a indenização em quantia condizente com as circunstâncias.²⁵

Responsabilidade Civil. Publicação, em órgão da imprensa, de fatos que não se comprovaram verdadeiros e em linguagem grosseira e altamente ofensiva à honra de um professor.

Quantum indenizatório fixado dentro dos limites da Lei de Imprensa porque os fatos apontados traduziam crime. Dano material não comprovado.

Preliminar de decadência rejeitada porque a demora na citação deveu-se ao mecanismo do Judiciário.

Honorários advocatícios e custas processuais que devem ser suportados por cada uma das partes.²⁶

Apesar de ser a forma mais comum de reparação do dano causado à honra e à imagem pelos órgãos de imprensa, a indenização por dano moral apresenta uma forte limitação, porque, por si só, é incapaz de reparar o dano causado à pessoa. Em função disso, o ordenamento jurídico brasileiro ainda prevê a possibilidade da concessão do direito de resposta.

25 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 4.418/94. Relator: Dembargador Narcizo Pinto. Boletim ADCOAS, 1995. p. 146561.

26 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2507/93. Relator: Desembargador Murillo Fábregas. Boletim ADCOAS, 1994. p. 145331.

4.2. DIREITO DE RESPOSTA

Previsto no art. 5.º, inciso V, da Constituição, o direito de resposta busca a reparação do dano causado pela informação inverídica, por meio de uma espécie de desmentido, no qual é exposta a realidade dos fatos. Cumpre, porém, destacar que o direito de resposta não exclui a eventual indenização e a responsabilidade criminal de quem divulga a notícia. O direito de resposta tem dupla função: a primeira liga-se à defesa dos direitos fundamentais da pessoa atingida pela matéria jornalística, e a segunda é a de permitir que o público tenha acesso a versões diferentes sobre o mesmo fato.

No entender de Carvalho,²⁷ a resposta voluntária e não judicial seria um importante mecanismo de valorização das empresas jornalísticas, que passariam a contar com maior credibilidade de seu público, que poderia verificar a versão correta de informações ambíguas e analisar os novos argumentos oferecidos pela suposta vítima do equívoco.

Alguns sistemas jurídicos — especificamente o norte-americano — não adotam o direito de resposta, sob o fundamento de que o princípio da liberdade de imprensa não autoriza que um órgão de imprensa possa ser compelido a prestar uma determinada informação que não deseje. Todavia, a prática em tais sistemas é a aplicação de pesadíssimas multas aos órgãos responsáveis por notícias inverídicas ou tendenciosas, que, em muitos casos, levam até mesmo à falência das empresas jornalísticas responsáveis.

Carvalho²⁸ reitera aqui seu entendimento de que o direito à informação verdadeira é difuso. Assim, o direito de resposta deve ter como pressuposto o caráter inverídico da informação, o que cria uma espécie de débito do órgão de imprensa para com a sociedade como um todo, o que autorizaria qualquer pessoa ou entidade interessada a buscar judicialmente a divulgação da verdade dos fatos. Tal posição é compartilhada por José Carlos Barbosa Moreira, que vê a qualidade das emissões dos meios de comunicação também como um interesse difuso:

O interesse (que o art. 220, § 3.º, n.º II, da Constituição visa a preservar) em defender-se “de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art.

27 CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti. Op. cit. p. 73.

28 Ibidem, p. 75.

221” *enquadra-se com justeza no conceito de interesse difuso. A tal locução, internacionalmente empregada na doutrina em sentido nem sempre unívoco, agora corresponde, no Brasil, definição legal, à semelhança do que se dá com a expressão interesse coletivo, que não raro aparecia na literatura para designar — junto com aquela outra, e de maneira promíscua, ou pelo menos sem diferenciação precisa — o tipo de interesses caracterizado, do ponto de vista subjetivo, pela pertinência a uma série ao menos relativamente aberta de pessoas e, ao ângulo objetivo, pela unidade e indivisibilidade do respectivo objeto, com a consequência de que a satisfação de um titular não se concebe sem a concomitante satisfação de toda a série de interessados, e a lesão de um só é por força, ao mesmo tempo, lesão de todos. O conjunto desses interesses pode e costuma receber denominação genérica (transindividuais, supra-individuais, metaindividuais); mas entre nós, de lege lata, as espécies do gênero têm cada qual seu próprio nomen iuris, em distinção terminológica que não é lícito desconsiderar.*²⁹

4.2.1. DIREITO DE RESPOSTA E DE RETIFICAÇÃO

Perlingieri³⁰ critica uma distinção tão freqüente, quanto sutil, entre direito de resposta e de retificação da informação. A retificação seria, tradicionalmente, a mera eliminação de um erro específico da informação, uma espécie de integração da notícia, enquanto o direito de resposta seria representado por um poder mais amplo, de esclarecer dúvidas e acrescer informações à notícia impugnada. Segundo ele, tal distinção perde a razão de ser no momento em que se considera o direito de resposta como um direito fundamental, quebrando, assim, o rigor da idéia de retificação da notícia.

O direito de resposta poderá ser exercido, segundo Perlingieri, de acordo com critérios pessoais de avaliação da conduta lesiva aos direitos da pessoa. Ninguém melhor do que o próprio afetado pela informação distorcida para aferir o grau da distorção e de violação de sua honra, imagem ou privacidade.

29 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit. p. 48.

30 PERLINGIERI, Pietro. Op. cit. p. 188.

Em verdade, a liberdade de informação tem no direito de resposta um importante instrumento, que permite à sociedade prevenir-se contra a difusão de informações equivocadas, além de tornar mais confiáveis as notícias divulgadas pelos órgãos de imprensa.

V. CONCLUSÃO

É inegável a importância social dos órgãos de imprensa, pois servem de precioso instrumento para o controle dos atos praticados pelas autoridades públicas e de sua postura no exercício da função. Tanto é assim que os regimes autoritários normalmente adotam práticas restritivas em relação à imprensa, como censura prévia, perseguição a jornalistas ou mesmo fechamento de jornais.

Os órgãos de imprensa são efetivamente reconhecidos como os “olhos da sociedade”; daí a necessidade de que lhes seja assegurada a plena liberdade de atuação, até mesmo porque a ela corresponde o próprio direito da sociedade de ser informada a respeito de fatos de seu interesse. Todavia, não pode a liberdade de imprensa servir de justificativa para uma atitude irresponsável de algumas empresas jornalísticas, que, sob o manto da proteção constitucional, causam sérias lesões a direitos fundamentais de terceiros.

Ora, a Constituição consagra o direito de informar, mas este é limitado por outros direitos também constitucionalmente previstos, como a honra, a imagem e a privacidade da pessoa, os quais constituem importantes balizamentos para a ação jornalística. Demais, a verdade dos fatos e a forma como eles são transmitidos traduzem também indispensáveis condicionantes da atuação da imprensa. Sua liberdade é assegurada desde que respeitados os direitos do cidadão e os limites éticos de sua atividade.

Nos casos em que são ultrapassados os limites da liberdade de imprensa, a ordem jurídica prevê mecanismos de reparação de danos, como as indenizações e o direito de resposta e de retificação da notícia. Essas medidas são, contudo, insuficientes para proteger a sociedade, como um todo, dos excessos praticados por determinados órgãos de imprensa, muitas vezes, até porque se torna difícil determinar quais são as pessoas lesadas por uma notícia divulgada sem maiores cautelas quanto ao seu impacto e veracidade. Assim, a ampliação do âmbito de aplicação da ação civil pública é a forma hoje disponível para o exercício de uma espécie de controle social sobre a atividade jornalística.

Outro problema que merece uma profunda reflexão diz respeito a uma certa promiscuidade existente entre as grandes empresas jornalísticas e o poder político, o que, por certo, compromete a independência e a confiabilidade das informações por elas transmitidas ao público. O atual sistema de concessão de emissoras de rádio e televisão no Brasil estimula, de certo modo, uma certa subserviência de tais órgãos em relação ao grupo político dominante, pois se funda em critérios bastante subjetivos, que findam por motivar concessões puramente políticas, sem qualquer impessoalidade.

Dito isto, fica claro que o sistema de liberdade de imprensa é algo indispensável nos regimes democráticos. Todavia, a democratização deve também compreender o acesso de todos a informações verdadeiras e a preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos, contra os eventuais abusos cometidos pelas empresas jornalísticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- ELLIOTT, Deni (org.) *Jornalismo versus privacidade*. Trad. Celso Vargas, Rio de Janeiro: Nórdica, 1986.
- FERNÁNDEZ, Antonio Aquilera. *La libertad de expresión del ciudadano y la libetad de prensa o información*. Granada: Comares, 1990.
- LINSKY, Martin. “Praticando o Jornalismo Responsável: o impacto da imprensa”. In: ELLIOTT, Deni (org.), *Jornalismo versus privacidade*, Rio de Janeiro: Nórdica, 1986.
- MACKUEN, Michael Bruce & COOMBS, Steven Lane. *Más que noticias: el poder de los medios en los asuntos públicos*. México: Publigráficos, 1984.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Ação Civil Pública e Programação da TV. In: *Revista de direito administrativo*, n. 201, jul/set 1995.

- PASSOS, J. J. Calmon de. “A Imprensa, a Proteção da Intimidade e o Processo Penal”. In: *Revista de processo*, n. 73, Revista dos Tribunais, janeiro, 1994.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1997. (Original: *Profili del diritto civile*. 3. ed., Napoli: ESI, 1994.)
- SCALISI, Antonino. Brevi Riflessioni su “la Libertà di Cronaca ed il Valore della Persona Umana”. In: LOJACONO, Vincenzo. *Il diritto di famiglia e delle persone*. Milano, Dott. A. Giuffrè, [s. d.]
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.
- SODRÉ, Nelson Werneck. *História da imprensa no Brasil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Graal, 1977.

Ponderação de interesses na Execução Fiscal

RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA *

I. A CRISE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO. II. A PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A EXECUÇÃO. 2.1. DOIS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS À EXECUÇÃO CIVIL MODERNA. 2.2. O CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA EXECUÇÃO NO INTERESSE DO CREDOR E O PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE PARA O DEVEDOR. O MÉTODO DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES. 2.3. A SISTEMÁTICA LEGAL VIGENTE. OS ARTIGOS 655 E 656 DO CPC. O ARTIGO 11 DA LEF. CONFIRMAÇÃO NORMATIVA DA PONDERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS. 2.4. O ÔNUS DA ESCOLHA DO MEIO MENOS GRAVOSO. 2.5. A INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E A PONDERAÇÃO DOS VALORES EM JOGO. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MEIO MENOS GRAVOSO AO DEVEDOR. III. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

I. A CRISE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

A história do direito processual é recente. Sua autonomia doutrinária remonta ao século XIX, a partir de quando progrediu notavelmente, em paralelo à sedimentação do Estado de Direito.

Os desdobramentos pós-medievais do conceito de soberania e a influência das visões de igualdade e de justiça trazidas pelo iluminismo liberal,¹ restringiram progressivamente, nos ordenamentos jurídicos em forma-

* *Procurador do Município do Rio de Janeiro; Mestre em Direito Público pela UERJ e Advogado.*

1 *Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo civil, São Paulo: Saraiva, 1997. p. 48: "Somente com a ênfase emprestada aos fins sociais do processo civil, verificada na passagem do século XIX para o século XX, altera-se de modo decisivo*

ção, as possibilidades de julgamento dos litígios sem o uso do aparelho e das formalidades estatais, desautorizando a “coisa julgada” oriunda de tribunais e cortes privadas.²

A saga sistematizadora sem dúvida proporcionou grande estofo doutrinário e normativo ao direito processual. Contudo, a exacerbação do rigorismo científico em nome da autonomia teórica, sob forte influência positivista, acabou paradoxalmente afastando o processo do objetivo máximo que lhe cumpria colimar, frustrando a desejada eficácia prática da prestação jurisdicional.³

A plenitude dos ritos, o fracionamento da prestação jurisdicional,⁴ a abundância de recursos judiciais e a escassez de instrumentos de tutela específica avultaram como as principais causas da grave crise que se instalou, manifestando atualmente os seus mais duros efeitos.

Neste contexto, o instrumento judicial que mais sofreu os efeitos reversos dessa sistemática foi, inegavelmente, o processo de execução.

o foco de atenção para a importância pública do fenômeno processual, e começam a aparecer os primeiros reflexos concretos de novos estudos propugnando a renovação do método científico e um enfoque mais afim com a idéia de soberania estatal”

- 2 Neste sentido, a lição de Giuseppe Chiovenda: “O Estado moderno, por consequência, considera como função essencial própria a administração da Justiça; é **exclusivamente seu o poder de atuar a vontade da lei no caso concreto**, poder que se diz ‘jurisdicção’; e a que provê com a instituição de órgãos próprios (jurisdicionais)”. (Grifos nossos.) In: Instituições de direito processual civil, vol. 1. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. p. 58.
- 3 Confira-se a lição de Ovídio A. Baptista da Silva. In: Curso de processo civil, vol. I, Porto Alegre: SAFE., 1991. p. 95: “Todo o movimento doutrinário que sustentou o próprio estabelecimento do Direito Processual Civil como um ramo autônomo da ciência jurídica, a partir justamente do conceito de ‘ação’ processual, estava inserido no amplo contexto histórico do liberalismo capitalista do século XIX europeu a serviço de suas proposições teóricas fundamentais. Estes ideais, no campo do direito processual, refletiam-se na exigência de que a jurisdição fosse confiada a juízes desprovidos de qualquer poder de império, passivos e inertes, cuja única missão deveria ser a mera aplicação do direito legislado. Eis a razão de ser do denominado ‘processo de conhecimento’, com suas três espécies de sentenças, através das quais o magistrado simplesmente julga, diz o direito, realizando uma atividade puramente lógica: e nada executa, no plano da realidade social”.
- 4 Sobretudo aqueles necessários à plena satisfação dos direitos subjetivos a uma prestação, ou seja, dos direitos de crédito, que em certos casos envolvem três processos distintos: conhecimento-condenação, liquidação e execução — todos com amplo contraditório.

Em sua concepção, a tutela executiva deveria conferir rapidamente o bem da vida almejado pelo credor, tão logo certificado pelo ato da autoridade (sentença) ou pelo próprio ordenamento (título executivo extrajudicial), a titularidade do direito pretendido e demandado.⁵ Entretanto, o credor se queda sujeito à amplitude dos procedimentos antecedentes, incidentais e concomitantes à ação executiva, que retardam irrazoavelmente sua consumação.⁶

Agrega-se aos incontáveis meandros procedimentais existentes uma certa timidez da magistratura em exercer o poder de impulso oficial, até mesmo no âmbito da execução fiscal.⁷

A repercussão social da ineficácia concreta dos instrumentos processuais postos à disposição do credor tem sido nefasta no Brasil, com efeitos sobre o âmbito público e o privado.

A Fazenda Pública, como um todo, tem suas dificuldades financeiro-orçamentárias agravadas pela inadimplência e pela sonegação contumaz, garantidas, em última instância, por manobras e artimanhas processuais.

O setor privado sofre também com tais efeitos, aumentando os riscos dos empreendimentos e o número de falências; incentivando, no âmbito do setor financeiro, o fechamento das linhas de crédito e a prática de juros elevados.⁸

5 *Anote-se, aqui, o entendimento de que a tutela executiva se insere na noção de jurisdição, valendo citar a seguinte passagem de Araken de Assis, na qual o autor vai além: “Toda demanda exige cognição do órgão jurisdicional. Ele conhecerá do próprio processo, em primeiro lugar, e também do thema decidendum trazido pelo demandante, ainda quando se limite a emitir comando transitório e emergencial (função cautelar), ou a atuar o comando definitivo (função executiva)”. In: Manual do processo de execução, São Paulo: RT, 1995, p. 64.*

6 *Vale lembrar a assertiva de Elicio Cresci Sobrinho, em sua obra Dever de veracidade das partes no processo civil, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, onde afirma que: “(...) a execução é campo fértil para as chicanas, por via de procrastinações e formulação de incidentes infundados”.*

7 *Neste sentido, o art. 7.º da Lei 6.830/80, que consagra expressamente o impulso oficial no rito da Execução Fiscal.*

8 *É de se notar algumas inovações legislativas tendentes a reduzir tal ineficácia, dentre as quais se inclui a nova redação do artigo 461, e de seu parágrafo 5.º, do Código de Processo Civil, bem como a do artigo 84 da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que instituem a possibilidade de adoção na condenação judicial, de providências de cunho mandamental que possam evitar a necessária propositura de execução da sentença.*

Para o tema aqui versado importam as questões peculiares ao crédito público, mas não se poderia deixar de lembrar a amplitude do problema e seus efeitos colaterais generalizados em diversos setores da sociedade.⁹

II. A PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A EXECUÇÃO

2.1. DOIS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS À EXECUÇÃO CIVIL MODERNA

Diante desse quadro brevemente alinhado, aparece em destaque uma questão principiológica fundamental ao tema do processo de execução, cuja compreensão delimita sensivelmente as possibilidades atuais de sua eficácia.

Trata-se da inversão normativa (e axiológica), adotada por parte da doutrina e da jurisprudência, de dois princípios que regem esta espécie processual, quais sejam: 1 — o princípio de que a execução se realiza no interesse do credor; e 2 — o princípio de que a execução deve ser realizada pelo meio menos gravoso ao devedor, quando houver outros meios possíveis para a sua concretização.

Os dois princípios têm assento objetivo em nosso ordenamento processual, conforme enunciados pelos artigos 612 e 620 do Código de Processo Civil:

*Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), **realiza-se a execução no interesse do credor**, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados. (Grifos nossos.)*

*Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo **modo menos gravoso para o devedor**. (Grifos nossos.)*

⁹ Isto não significa desprezar as variantes de ordem social e econômica que exercem influência, quiçá decisiva, na fixação deste comportamento captado na realidade brasileira, resultando na prática da sonegação ou na simples inadimplência. Entretanto, esta abordagem refoge, por sua amplitude, ao campo aqui enfocado.

O destaque e o cotejo desses princípios se revela importante, uma vez que diversos julgados têm recorrido isoladamente ao “modo menos gravoso ao devedor” para fundamentar toda a sorte de obstáculos à ação do credor, sobretudo contra as medidas constritivas que marcam o início da execução forçada (penhora), dificultando as possibilidades de satisfação futura do crédito exequiêdo.

Apesar de existir uma inegável tensão entre os princípios em comento, a que se deveria acrescentar as prerrogativas da Fazenda Pública no âmbito da execução fiscal, alguns julgados têm adotado a posição acima exemplificada, não cogitando sobre o conflito normativo.

Neste sentido, vale citar como paradigma o seguinte aresto prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL 117076/PR (1997/0001064-3)

DJ: DATA:27/04/2000

Relator(a) Min. NANCY ANDRIGHI

RECTE : FAZENDA NACIONAL

RECDO : SOCIEDADE ALIANCA DE BEBIDAS LTDA.

Ementa:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. LEI N.º 6.830/80. IMPOSSIBILIDADE. MAIORES PREJUÍZOS AO DEVEDOR. ART. 620 DO CPC.

- A jurisprudência desta Egrégia Corte não admite a penhora sobre o faturamento da empresa.

- Recurso Especial a que se nega seguimento, com fulcro no art. 557 do CPC, com redação dada pela Lei n.º 9.756/98.

Decisão:

Cuida-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal.

A Insurgência Especial se dá contra acórdão, assim ementado:

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. FATURAMENTO. LEI N.º 6.830/80, ART. 11. Embora não prevista no art. 11 da Lei n.º 6.830/80, não há

vedação em lei para a penhora do faturamento da empresa, mas esta deverá ficar reservada à hipótese de inexistência de outros bens.”

Insurge-se contra a decisão que indeferiu a penhora sobre o faturamento da empresa (receita bruta) até o limite dos valores devidos à Recorrente.

Alega-se, nas razões recursais, o dissídio jurisprudencial, além de violação aos arts. 10, 11 e 15, da Lei n.º 6.830/80, pelo acórdão hostilizado.

Inicialmente, entendeu-se nesta Corte que a penhora sobre o rendimento da empresa fosse possível, mas, depois, as Turmas e a própria Seção de Direito Público mudaram a orientação e não permitem mais a penhora do rendimento da empresa.

Com efeito, o art. 620 do Código de Processo Civil preceitua que “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”. In casu, a penhora sobre o faturamento bruto da empresa representa penhorar a própria empresa, o que lhe ocasionará, incontestavelmente, maiores prejuízos, que impossibilitariam, ainda mais, a quitação do débito fiscal.

Pelo exposto, e com fundamento no art. 557, do Código de Processo Civil, com nova redação dada pela Lei n.º 9.756/98, nego seguimento ao recurso.

2.2. O CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA EXECUÇÃO NO INTERESSE DO CREDOR E O PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE PARA O DEVEDOR. O MÉTODO DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES.

Pode-se já aqui adiantar que esse feito interpretativo conferido à sistemática do processo de execução, em favor da aplicação unilateral e preeminente da noção de menor gravosidade, exacerba a “proteção do executado-devedor” e relega a segundo plano o interesse do credor, contrariando o sentido ontológico e a própria instrumentalidade da ação executiva, estruturada para a satisfação do crédito.

Como se pretende demonstrar, estas e outras questões correlatas exigem que se perquiria com detença a existência do conflito normativo e axiológico entre os princípios destacados.

Advirta-se, neste passo, que, em matéria de **princípios jurídicos**, deve-se ter em mente os conceitos trazidos pelas escolas doutrinárias contemporâneas que ressaltam a diferença dos critérios para sua interpretação e aplicação, em relação àqueles destinados às **regras jurídicas**, os quais se valem do método silogístico e dos critérios definidores de antinomias próprias a esta espécie normativa, quais sejam: hierarquia, especialidade e temporalidade. Estes métodos das regras jurídicas não comportam a interpretação fundada em princípios, que exige uma ponderação dos valores emanados das normas de carácter principiológico.¹⁰

Sob esta ótica, portanto, é que se investigará o tema.

Em primeiro plano, pode-se afirmar que o princípio de realização da execução no interesse do credor tem espectro mais abrangente que o da menor gravosidade dos meios, já que se espraia por todo o rito processual, norteando cada uma de suas fases e almejando a satisfação final do crédito; enquanto o último se restringe à matéria dos meios executórios.

Assim, pode-se dizer que os campos normativos dos princípios em jogo se apresentam como círculos, em que o primeiro, mais abrangente, contém o segundo.

10 *Confira-se a lição do professor de Oxford Ronald Dworkin: “La diferencia entre principios jurídicos y normas (reglas) jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los derechos que estipula están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. (...) Esta primera diferencia entre normas y principios trae consigo otra. Los principios tienen una dimensión que falta a las normas: la dimensión de peso o importancia. Cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”. In: Los derechos en serio, “Taking Rights Seriously”, Barcelona: Ariel, 1995. p. 75-77. Confira-se, entre nós, a obra de Daniel Sarmento, A ponderação de interesses na Constituição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 45: “Assim, é possível que um princípio seja válido e pertinente a determinado caso concreto, mas que suas conseqüências não sejam deflagradas naquele caso, ou não o sejam inteiramente, em razão da incidência de outros princípios também aplicáveis. Há uma ponderação entre os princípios e não a opção pela aplicação de um deles, em detrimento de outro”.*

Entretanto, importa saber, no âmbito de confluência normativa de ambos os princípios, qual deles assume preeminência ou, caso contrário, em que hipóteses um deles prevalece ou afasta parcialmente a aplicação do outro.

Como o princípio expresso pelo artigo 620 do CPC restringe-se aos **meios executórios**, isto é, aos instrumentos utilizados para realizar a execução forçada, não será outro o plano dos possíveis conflitos.

Dois aspectos processuais destacam-se, neste passo, em razão da ordem procedimental estabelecida para o rito da execução. Ambos dizem respeito à faculdade conferida ao executado para, após a citação, indicar bens à penhora, bem como aos efeitos que o seu (não) exercício pode gerar. O primeiro aspecto relaciona-se à qualidade do bem oferecido à penhora. O segundo refere-se ao ônus de demonstrar a existência de meio menos gravoso.

Quanto à qualidade do bem, este aspecto tem como parâmetro legal imediato a ordem de nomeação elegida abstratamente pela lei.¹¹ Parece claro, porém, que a simples nomeação de bem hipoteticamente previsto na lista não é suficiente, por si só, para presumir-se garantido o juízo da execução. É pressuposto que o bem seja ao menos equivalente ou mais valioso que o crédito exequendo; e mais, deverá permitir sua alienação ou apropriação¹² pelo credor com razoável celeridade, como se depreende da lógica gradativa estabelecida pela lei. Do contrário, a pretensão do credor estaria prejudicada pela insuficiência ou pela lentidão injustificável da venda judicial, frustrando o escopo fundamental da tutela executiva.

Verifica-se, neste passo processual, a primeira possibilidade de colisão entre os princípios, pois, de um lado, a lei estatui uma ordem prioritária, cujo descumprimento pelo executado importa na invalidade da nomeação, manifestando o princípio que protege o interesse do credor; e, de outro, exsurge o interesse do devedor em ver realizada a execução da maneira menos gravosa.

Em que medida se deve resolver o conflito entre os princípios em jogo, diante de um caso concreto em que o executado oferece, por exemplo, um bem móvel?

No caso de um bem móvel, há se perquirir porque o executado não apresenta dinheiro ou, v.g., títulos cotados em bolsa, cuja expropriação futura é, sem dúvida, mais célere que a dos procedimentos de leilão de bens imóveis.

Neste sentido, impende afirmar que a efetividade da tutela executiva não se atinge pela mera obtenção de bem cuja avaliação equivalha à expressão mo-

¹¹ No CPC, em seu artigo 655; na Lei de Execuções Fiscais, em seu artigo 11.

¹² No caso da adjudicação ou conversão em renda (na hipótese de depósito de dinheiro em execução fiscal).

netária do crédito exequiêdo. Ela exige também a melhor celeridade possível.

A lógica que emana das normas processuais e do próprio sentido da tutela executiva — enquanto instrumento do direito de crédito — faz concluir pela prevalência do interesse do credor sobre o princípio da menor gravosidade dos meios, de modo que apenas depois de alcançado o nível ótimo de garantia da execução é que se poderá cogitar da aplicação do princípio de eleição do meio menos gravoso.

Portanto, apenas diante de alternativas que garantam a satisfação do crédito ou do credor de maneira integral e célere é que se poderá admitir a opção do devedor quanto aos bens a serem constritos pela penhora.

Afastese, ainda neste passo, a presunção implícita em alguns julgados de que a gravosidade da execução apresenta-se, necessariamente, na ordem inversa do elenco legal. Isto é, a idéia de que quanto menos preferencial for a espécie de garantia, menos gravosa é a mesma para o executado

Tal ilação é facilmente refutável, uma vez que o elenco legal¹³ foi concebido sob a égide do interesse do credor¹⁴ e não em razão da maior ou menor gravosidade do meio executório pela ótica do devedor.

13 Lei n.º 6.830, de 1980, art. 11: “A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

- I) dinheiro;
- II) título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;
- III) pedras e metais preciosos;
- IV) imóveis;
- V) navios e aeronaves;
- VI) veículos;
- VII) móveis ou semoventes; e
- VIII) direitos e ações”.

CPC, Art. 655: “Incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem:

- I) dinheiro;
- II) pedras e metais preciosos;
- III) títulos da dívida pública da União ou dos Estados;
- IV) títulos de crédito, que tenham cotação em bolsa;
- V) móveis;
- VI) veículos;
- VII) semoventes;
- VIII) imóveis;
- IX) navios e aeronaves;
- X) direitos e ações”.

14 Interesse esse qualificado pela velocidade na satisfação do crédito, como afirma Araken de Assis, op. cit. p. 436: “A gradação segue o critério da simplicidade na conversão do bem, e, por isto mesmo, coloca em primeiro lugar (inc. I) o próprio objeto da prestação que a dispensa: o dinheiro”.

A afirmativa anterior é confirmada pela constatação, na prática, de diversas hipóteses em que a constrição e a expropriação de bem cuja classificação esteja acima de outro no elenco legal representa ônus menor para o devedor. Dê-se, como exemplo, a penhora de títulos com cotação pública oficial, no qual o devedor evita despesas com editais de leilão, com a comissão de leiloeiro ou mesmo com a guarda adequada dos bens.

Em matéria de qualidade do bem objeto da penhora e de seu futuro desapossamento, revela-se injustificável a invocação da ordem inversa do elenco legal para instruir a defesa e a desoneração do executado, de modo a sustentar a aplicação do princípio do meio menos gravoso. A ordem inversa não possui nenhuma relação com a menor onerosidade para o devedor, mas apenas com um menor interesse do credor. Neste ponto, as pretensões não são diametralmente opostas.

Esta argumentação equivocada, que admite a indicação de bens desvaliosos ou de difícil venda em nome da proteção dos direitos do devedor, apenas dificulta a conclusão do processo executivo, prejudicando o credor, tornando-se conhecida manobra processual para desanimar o exequente e frustrar a prestação jurisdicional definitiva.

2.3. A SISTEMÁTICA LEGAL VIGENTE. OS ARTIGOS 655 E 656 DO CPC. O ARTIGO 11 DA LEF. CONFIRMAÇÃO NORMATIVA DA PONDERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS.

As regras contidas no artigo 11 e seguintes da Lei de Execuções Fiscais, à semelhança daquelas descritas nos artigos 655 e 656 do Código de Processo Civil, confirmam na sistemática legal dos meios executórios que o interesse do credor prevalece sobre o princípio da menor onerosidade do devedor, sempre que a qualidade do bem não permita a íntegra e célere satisfação. Neste sentido, tais dispositivos determinam a invalidade da nomeação de bens (à penhora) pelo devedor caso:

- a) descumpra a ordem indicada pelo elenco legal — quando dispu- ser de bens outros situados em posição superior;
- b) apresente bens de difícil excussão;
- c) os bens não sejam suficientes ou próprios à satisfação do credor;
- d) não apresente elementos que permitam a correta individualização dos bens; ou

e) retardem a extremação da execução forçada.

Portanto, só se terá como válida a nomeação de bens pelo devedor se os mesmos se apresentarem como de fácil e rápido desapossamento, dentre os bens disponíveis no patrimônio do devedor, não podendo o mesmo escolher o que mais dificultará a conclusão do processo, omitindo outros que a facilitem e melhor satisfaçam o credor.¹⁵

Isto traz como conseqüência o poder-dever do próprio juízo da execução de controlar *ex officio* o bem oferecido à penhora quando este:

- a) se apresentar com valor flagrantemente inferior ao crédito executado;
- b) for de rápida depreciação ou deterioração; ou
- c) quando for de difícil alienação futura.

Entretanto, há quem insista na idéia de que o executado tem o **direito potestativo** de indicar o bem que mais lhe convier, desautorizando o controle da nomeação e da qualidade do bem *per si*, em face do interesse do credor.

Esta atitude tem favorecido a conduta sonegadora do executado, razão pela qual o mesmo ordinariamente se esquivava da constrição judicial, ocultando-se ou apresentando bens desvaliosos ou de difícil excussão.

A rigor, a ampla faculdade conferida ao devedor (art. 652 do CPC) consiste na opção de nomear, ou não, bens à penhora. Uma vez decidindo nomeá-los, deve fazê-lo à luz do princípio e das regras que asseguram o interesse do credor, ficando restrito o seu campo à escolha de bens integrantes da mesma classe da lista legal (v.g. mais de um tipo de título com cotação em bolsa e nível semelhante de liquidez).

No plano da execução fiscal, regulada pela Lei n.º 6.830, de 1980 — LEF, a inversão dos princípios em análise malferem outros dispositivos que se sobrepõem à disciplina existente na lei processual comum (artigos 655 e 656 referidos), conferindo à execução forçada um caráter peculiar, em face das prerrogativas decorrentes do interesse público, consubstanciado na importância do crédito fiscal para o estado e para a coletividade.

15 Cf. ASSIS, Araken de. Op. cit. p. 437: “Deverá o executado escolher os bens, em seu patrimônio disponível e penhorável, nomeando-os na ordem apontada, por exclusão da classe imediatamente superior. Em outras palavras, só é lícito ao obrigado nomear imóveis se não tiver dinheiro”.

Além da regra impositiva do artigo 11 da LEF, que determina ao devedor a obediência à ordem nele estabelecida, outra regra remarca a posição preeminente do credor fiscal, contida no inciso II do artigo 15 da LEF,¹⁶ valendo citá-la:

Lei de Execuções Fiscais (6.830/80)

Art. 15. Em qualquer fase do processo, será deferido pelo juiz:

(...)

II – à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no art. 11, bem como o reforço da penhora insuficiente.

(...)

As regras analisadas ratificam a perspectiva até aqui defendida, demonstrando ser essencial que a constrição da penhora recaia sempre sobre bens do devedor que permitam a satisfação célere e integral do crédito exequendo.

Não se trata necessariamente de apenas um único bem. Podem ser vários os bens que atendam aos requisitos indispensáveis à realização satisfatória da execução. Exige-se, apenas, que estes permitam um desapossamento em prazo semelhante e razoável visando à integral satisfação do credor.

Portanto, diante das regras legais da execução civil e, sobretudo, da execução fiscal, pode-se afirmar que o princípio do meio menos gravoso não pode servir, *tout court*, como argumento para obrigar o credor a aceitar bem indicado pelo devedor em detrimento de outro que iria satisfazê-lo de modo integral e de maneira mais célere.

2.4. O ÔNUS DA ESCOLHA DO MEIO MENOS GRAVOSO

Ultrapassada a análise das situações de prevalência do interesse do credor sobre o do devedor no **balizamento da escolha** dos bens sujeitos à penhora, exsurge um segundo aspecto no qual a questão se desdobra.

¹⁶ A qual se aplica também ao § 1.º do art. 11 da LEF, que diz: “Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como plantações ou edifícios em construção”, uma vez confirmada no caso concreto a melhor satisfação (mais rápida e integral) do crédito por meio da penhora de estabelecimento.

Trata-se de definir a quem cabe o ônus de demonstrar os meios menos gravosos.

Sob a égide das normas que atualmente regem a execução fiscal, e também a execução civil, alguns julgados têm afirmado o direito do executado à livre nomeação de bens, transferindo ao credor o ônus de apontar a existência no patrimônio do executado de outros meios menos gravosos a ele, o que não parece ser exatamente a solução legal.

Isto porque o encadeamento dos atos processuais enseja, em primeiro plano, a faculdade de oferecimento de bens pelo executado. Porém, ao nomear bens, deve o executado demonstrar não só a qualidade do bem oferecido como **garantia** da execução, mas também as razões pela quais deixa eventualmente de atender à ordem legal.¹⁷

Além disso, impor ao exeqüente o ônus de perscrutar todo o patrimônio do executado para demonstrar qual meio lhe seria menos gravoso, resulta comumente na inviabilidade da execução forçada, com conseqüências ainda mais danosas aos credores, sobretudo àqueles que administram um número elevado de inadimplentes.

Tal transferência se afigura irrazoável, como frisou o mestre José Carlos Barbosa Moreira:

Nomeando bens ao próprio oficial de justiça incumbido da diligência, ou em petição dirigida ao juízo da execução, não está o exeqüente, em regra, adstrito à ordem prevista no art. 655. O dispositivo só alude à nomeação pelo devedor, ademais, não é razoável exigir-se do credor um conhecimento preciso e pormenorizado do patrimônio do devedor, que o habilitasse a observar escrupulosamente aquela gradação.¹⁸ (Grifos nossos.)

A *contrario sensu*, portanto, quando o devedor nomear bem à penhora diverso de dinheiro, isto é, bem que esteja abaixo do primeiro item do elenco legal (art. 11 da LEF), deve demonstrar os fatos que o impedem de garantir

17 A exigibilidade de tal conduta, no momento da oferta ou em face de manifestação contrária do juízo ou da Fazenda Pública diante dos bens apresentados, funda-se também no **dever de lealdade processual do executado**.

18 O novo processo civil brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 281.

integralmente a execução com um depósito em espécie, ainda que em parcelas futuras (v.g., penhora de dinheiro decorrente do faturamento).

O devedor não pode, simplesmente, sonegar bens à execução. Tendo nomeado bens móveis, por exemplo, deve afirmar que não possui dinheiro disponível ou futuro, comprovando com balanços ou planilhas a sua situação financeira, bem como asseverar que não possui bens outros acima daquele que nomeou, como, v.g., títulos com cotação em bolsa.

Exemplo desta necessidade se extrai com maior vigor da sistemática da execução civil, pois, sem tais demonstrações mínimas, a cargo do executado, não teria o credor condições de, no prazo de cinco dias (art. 656, *caput*, do CPC), impugnar a nomeação.

Não obstante, nas hipóteses em que o prazo legal para nomeação transcorre *in albis*, sem que o executado nomeie bens, fica a Fazenda Pública livre para escolher o meio executório que mais lhe convier.

A faculdade conferida pela lei ao devedor não é apenas uma possibilidade de opção. É mais do que isto, pois se trata de um ônus processual, cujos efeitos do não-exercício derivam dos artigos 10 e 15, II, da LEF. Neste sentido, confira-se a lição de José Carlos Barbosa Moreira, em comentário à hipótese análoga na execução civil:

*O direito de nomear transfere-se, de pleno direito, para o exeqüente, não apenas na última hipótese referida — a única de que expressamente cogita o texto legal (art. 657, caput, fine) —, mas em todas elas.*¹⁹

Feita a escolha pelo credor, não tem mais cabida insurgir-se o executado contra a penhora ou contra o eventual desapossamento futuro do bem, sob pena da execução se sujeitar a contramarcha que sobresta o fim do processo.

Destarte, pode-se afirmar aqui que o princípio do meio menos gravoso não retira o dever do executado de, ao nomear determinado bem que não seja dinheiro (o primeiro da ordem legal), justificar de maneira circunstanciada por que assim o faz.

O princípio do meio menos gravoso, outrossim, não afasta as consequências da falta de nomeação de bens, uma vez que se trata de ônus processual. Deixando o executado de exercê-lo, deve sujeitar-se à livre esco-

¹⁹ Op. cit. p. 280.

lha do credor, permitindo o prosseguimento da execução sem novas discussões acerca da gravosidade do meio e do bem escolhido.

Portanto, o peso do interesse do credor deve sempre prevalecer sobre o princípio do meio menos gravoso quando o devedor não justifica a nomeação diversa de dinheiro ou quando, simplesmente, deixa de nomear bem no prazo legal.

2.5. A INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E A PONDERAÇÃO DOS VALORES EM JOGO. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MEIO MENOS GRAVOSO AO DEVEDOR.

Nos aspectos analisados afirmou-se a solução do conflito entre os princípios em favor do interesse do credor quanto:

- a) ao controle da qualidade do bem oferecido à penhora, à luz da efetividade da tutela executiva;
- b) ao ônus de apontar o meio menos gravoso, dentre aqueles que assegurem a satisfação integral e célere referida.

Quando, então, teria aplicação o princípio da menor gravosidade dos meios?

Como afirmado pela doutrina, o princípio da menor gravosidade da execução se destina a coibir caprichos e exageros do credor no manejo da ação executiva. Tem por escopo evitar que o meio executório signifique sanção maior do que aquela necessária à satisfação do crédito, evitando que se transforme o processo em veículo de punição e vingança.

Isto, porém, jamais deveria ser confundido com a possibilidade do executado dificultar o deslinde ágil e pleno da ação executiva.

A par das considerações genéricas lançadas a partir dos princípios da execução estatuídos pela normativa do Código de Processo Civil, a disciplina especial da Lei de Execuções Fiscais reforça, com vigor, a necessidade de atendimento ao interesse do credor no que tange à garantia da execução pela penhora, de maneira que a satisfação futura do crédito se realize com celeridade e plenitude.

Neste âmbito de realização da garantia pela constrição judicial, o interesse do credor jamais deveria ser suplantado por necessidades outras funda-

das nas dificuldades do executado-inadimplente, mormente em relação aos dois aspectos ressaltados: a qualidade do bem e o ônus processual.

Destarte, a menor gravosidade dos meios só pode ser invocada pelo devedor após ultrapassada esta condição fundamental ínsita à instrumentalidade e à efetividade do processo de execução.

III. CONCLUSÃO

A correta inteligência dos princípios que regem a execução, mediante o entendimento de suas tensões dinâmicas e da solução concreta de seus conflitos, pode representar uma nova possibilidade para tornar este instrumento um pouco mais efetivo do que tem sido na prática judicial brasileira.

Ao contrário do que se tem afirmado em diversos julgados, a norma que assegura ao devedor a menor gravosidade dos meios não tem aplicação incontestável, na medida em que se trata de um princípio jurídico processual a ser ponderado, sempre, em face do interesse do credor.

Assim como o interesse do credor não deve impor punição ao devedor pela excessiva e injustificável onerosidade na execução forçada e no desapossamento judicial, do mesmo modo o devedor não está autorizado a infligir maior dificuldade ao credor para receber um crédito cancelado pelo ato de autoridade como devido.

A lei processual vigente não apenas proíbe que a escolha dos meios executórios represente a oportunidade para chicanas e artimanhas do devedor, rejeitando a indicação de bens desvaliosos, de difícil excussão futura, ou que simplesmente não possam ser com razoável celeridade transformados em pecúnia. Ela vai além. Protege o interesse do exequente para que o executado não possa sonegar dinheiro (presente ou futuro) ou bens outros cuja transformação em pecúnia seja sensivelmente mais célere e melhor satisfaça o credor.

O princípio e as regras processuais que protegem o interesse do exequente exigem que a oferta de bem à penhora pelo devedor, pertencente a classe diversa da primeira (dinheiro), seja cabalmente justificada, assegurando a possibilidade de investigação comparativa de outros bens integrantes do patrimônio pelo juiz e pelo exequente, à luz da efetividade da execução.

A ponderação do princípio do interesse do credor com o princípio da menor gravosidade dos meios executórios para o devedor se aplica a essas hipóteses. Sua dimensão de peso deve prevalecer sempre que o bem em jogo

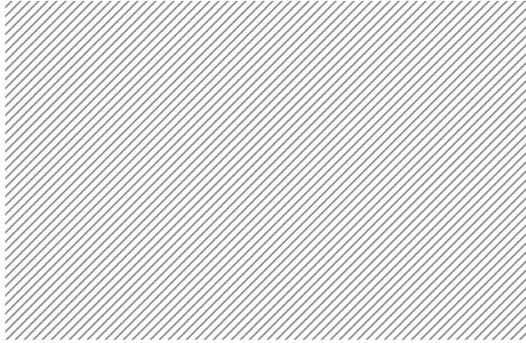
acarretar significativo retardo na execução, se comparado a outros disponíveis no patrimônio do executado, sobretudo em matéria de execução fiscal, por força do que dispõe o art. 15 da Lei n.º 6.830, de 1980 — LEF.

Por outro lado, ainda nessas mesmas hipóteses, a dimensão do interesse do credor não pode ser sobrepujada pelas dificuldades pelas quais o devedor passa.

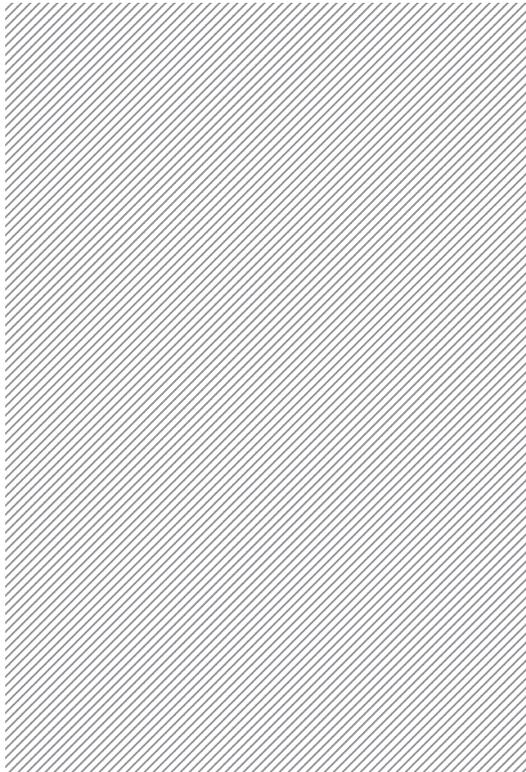
Afinal, o rito da execução contra devedor solvente não comporta os benefícios da recuperação patrimonial do executado, por meio da concessão de prazos (alongamento do processo) ou da permissão de indicação de bens de menor liquidez. Essas benesses legais estão reservadas ao devedor insolvente e restritas aos processos de concordata e de insolvência civil, impassíveis de serem invocadas em sede de processo de execução fiscal.

BIBLIOGRAFIA

- ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*, São Paulo: Editora RT, 1995.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*, vol. I, Porto Alegre: SAFe., 1991.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio* (“Taking Rights Seriously”), Barcelona: Ariel, 1995.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1997.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2000.
- SOBRINHO, Elicio Cresci. *Dever de veracidade das partes no processo civil*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.



Pareceres



Parecer
PG/PSE/23/99-CLM

RIO DE JANEIRO, 4 DE AGOSTO DE 1999.

Ref.: Proc. Adm. n.º 05/003.464/98

DIREITO DO CONSUMIDOR. FIRMA QUE ALIENOU MÁQUINA DE FILMAR FORA DAS ESPECIFICAÇÕES À SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO E VEIO, POSTERIORMENTE, A TER ALTERAÇÃO DE SÓCIOS E MUDANÇA DE ENDEREÇO, SEM QUE OS MESMOS TENHAM SIDO LOCALIZADOS, ACABA POR NÃO PROMOVER A TROCA DO PRODUTO CORRETO OU O PAGAMENTO DA MULTA CABÍVEL. SÓCIA MAJORITÁRIA QUE VENDE SUA PARTICIPAÇÃO E VEM A FORMAR NOVA EMPRESA COM IDENTIDADE DE ATIVIDADE E DE SÓCIO MAJORITÁRIO. HIPÓTESE DE FRAUDE À LEI, DEVENDO SER OFICIADO O MINISTÉRIO PÚBLICO COM NOTÍCIA DE CRIME AO CONSUMIDOR. DIANTE DA FRAUDE, APLICA-SE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, DEVENDO A SÓCIA MAJORITÁRIA RESPONDER PESSOALMENTE PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM RELAÇÃO À NOVA FIRMA REPETINDO SUA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE GERANDO, POR CONSEQÜÊNCIA, A IMPOSSIBILIDADE DE A MESMA SER INSCRITA NO CADASTRO DE FORNECEDORES DA SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO. POSSIBILIDADE, AINDA, DE CONFIGURAÇÃO DE SUCESSÃO TRIBUTÁRIA, CAUSANDO O IMPEDIMENTO DE CADASTRAMENTO DA EMPRESA PELO FATO DE A MESMA SER INIDÔNEA.

Senhor Procurador-Chefe:

I. RELATÓRIO

Trata-se de procedimento administrativo de n.º 05/003.464/98, encaminhado pela Secretária Municipal de Administração, Exma. Sra. Vanice Regina Lírio do Valle ao Exmo. Sr. Procurador-Geral do Município, Procurador Alexandre Nery Brandão, solicitando a “apreciação técnica da possibilidade de aplicação da doutrina da **desconsideração da personalidade jurídica**” para impedir o cadastramento de firma na secretaria em apreço.

Às fls. 70/71 do presente consta relato da Sra. Superintendente de Material da SMA, esclarecendo toda a questão de fato.

A Secretaria Municipal de Administração resolveu adquirir uma câmera de vídeo “para atender as suas necessidades culturais e educacionais” e, após pesquisa de mercado, fez a referida compra por dispensa de licitação com base no inciso II do art. 24 da Lei n.º 8.666, de 1993.

Desta forma, “o equipamento foi entregue pela empresa adjudicatária VIDEOFINE COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA., CGC n.º 40.197.923/0001-08, dentro do prazo estabelecido e liquidada após atestação da Nota Fiscal n.º 398, conforme Nota de Empenho n.º 98/00256-5, esclarecendo em carta juntada às fls. 16 que, por descontinuação da fabricação da filmadora JVC GR-AX-430, a empresa estava propondo sua substituição pelo modelo JVC GR-AX-730, que contemplava as funções mínimas solicitadas e dispunha de outros efeitos especiais por ser mais recente”.

No momento da utilização do equipamento, a Assessoria de Comunicação Social constatou que cinco das funções indicadas não constavam do equipamento entregue.

Foram, então, trocadas inúmeras correspondências entre a firma e a Administração, tendo a empresa se manifestado favoravelmente quanto à troca do produto entregue, sem, contudo, tê-la promovido.

Assim, a Secretaria de Administração decidiu multar a VIDEOFINE com base no art. 593 e parágrafo único do RGCAF, por descumprimento parcial das obrigações, garantindo a defesa no prazo de três dias, que não

foi usado, apesar dos “insistentes contatos telefônicos efetuados e fax” passados pela Superintendência de Material.

Diante da omissão da empresa, foi feita tentativa de contato pessoal, com visitação de servidores públicos no endereço apontado na nota fiscal, que indicava o escritório localizado à Rua da Assembléia n.º 19, sala 1214; constatou-se, porém, que a sala estava vazia, e que a sócia majoritária encaminhava expediente à administração do prédio informando que as portas ficariam fechadas e que um funcionário da empresa iria semanalmente pegar as correspondências. Entretanto, o porteiro afirmou que já havia meses que ninguém aparecia para buscá-las.

Após as informações obtidas, a Superintendente de Material da SMA continua o relato: “(...) entramos em contato com a empresa recém-constituída CENTURY 21 COMÉRCIO E ASSESSORIA LTDA., com sede na Av. das Américas n.º 4485 — sala 204 — Barra da Tijuca — Tel.: 325-3198 — Fax — 325-0288, cuja sócia majoritária é a Sr.ª LEILA DE SOUZA MENDES, ex-acionista principal da susodita empresa, e de onde foram emanados os expedientes recebidos por esta A/SUB/SMT, os quais foram inseridos no presente processo. Tal esclarecimento nos causou espanto, pois, até 21-12-98, foram desse endereço que saíram os documentos, conforme fls. 63 e 65 do processo administrativo”.

Foi nesse momento que a Sr.ª Superintendente se deparou, às fls. 22/25, com a última alteração contratual, que, em sua cláusula segunda, previu a transferência da sede da empresa para a Rua Piauí n.º 205 — Todos os Santos, onde foi verificada a inexistência da referida empresa, mas sim a existência da BIZZO Adm. e Corretagem de Seguros Ltda. e de uma outra, de Peças e Acessórios de Automóveis.

Sequer os sócios apontados no documento de fls. 22 puderam ser encontrados, uma vez que a numeração dada ao endereço inexistente. No caso, os sócios deveriam habitar a casa n.º 21 da Rua Baronesa, 878, mas o último número existente é o 18.

Diante disso, a Sr.ª Superintendente de Material da SMA solicitou à Secretária de Administração que a orientasse sobre as providências que deveriam ser tomadas, opinando que a empresa VIDEOFINE Comércio e Representações Ltda. fosse declarada inidônea, na forma do inciso IV do art. 87 da Lei n.º 8.666, de 1993, mas alertando que a empresa CENTURY 21 Comércio e As-

sessoria LTDA. requereu sua inscrição junto ao cadastro de fornecedores, consultando ainda sobre qual atitude tomar em relação à Sra. Leila de Souza Mendes, que, desde 16-4-1998, não mais respondia pela VIDEOFINE, e sugerindo a oitiva da Procuradoria-Geral do Município.

A Exma. Sr.^a Secretária Municipal de Administração, então, solicitou à 5.^a Procuradoria Setorial o exame das consultas formuladas pela Superintendência de Material.

Foi elaborado o Estudo Jurídico PG/PCG/5.^a PS n.º 17/99 — MLCB,¹ que concluiu pela admissibilidade da sanção, mas entendeu não ser possível negar o cadastramento da nova empresa com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que a sociedade ostenta personalidade distinta dos membros que a compõem.

O Estudo em apreço foi ratificado pelo Ilmo. Chefe da referida Procuradoria Setorial, Procurador Martinho Neves Miranda, que endossou suas conclusões, sugerindo, ao final, a remessa do procedimento à Procuradoria-Geral do Município, a fim de que este órgão jurídico central fixasse orientação definitiva sobre a possibilidade de a empresa CENTURY 21 Com. E Assessoria Ltda. vir a se cadastrar na SMA.

A Exma. Sr.^a Secretária de Administração, então, encaminhou o presente a esta Casa, questionando sobre a possibilidade de deixar de cadastrar a referida empresa com base na **teoria da desconsideração da personalidade jurídica**.

Em razão da matéria, veio o presente a ser distribuído à Procuradoria de Serviços Públicos, a fim de ser analisada a interessante questão, fixando-se, a partir daí, um procedimento padrão por parte da Secretaria Municipal de Administração.

Como se trata de orientação acerca de interpretação de dispositivos legais — especificamente a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Tributário Nacional —, toma o presente a forma de parecer, de acordo com o que dispõe o art. 61, inciso II, alínea “a”, do Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Município, aprovado pelo Decreto “N” n.º 117.289, publicado no D.O.RIO em 12 de janeiro de 1999.

É o que passo a fazer.

1 A ementa é a seguinte: “Direito Administrativo e Comercial. I – Aplicação da pena de declaração de inidoneidade a firma que descumpriu com suas obrigações contratuais – Procedência. II – Negativa da Administração em cadastrar empresa cujos sócios pertenciam à empresa anterior – Impossibilidade”.

II. ANÁLISE JURÍDICA

Diante da narrativa dos fatos, como consta do procedimento sob exame, uma primeira análise merece ser feita: a de apurar em que figura de direito surge a Secretaria Municipal de Administração nesta aquisição da filmadora.

Parece-me, pela apreciação dos fatos, que a Administração Pública, neste ato corporificada pela SMA, promoveu a compra da filmadora na forma da Lei n.º 8.666, de 1993, mediante dispensa de licitação, em conformidade com o inciso II do art. 24.

Tal situação, entretanto, não a exime de ser identificada como consumidora, na forma do art. 2.º da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. José Cretella Jr. deixa clara a questão. Vejamos:

Art. 2.º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

COMENTÁRIOS

(...)

11. Pessoa jurídica na qualidade de consumidor

(...)

*Pessoa jurídica é aquilo que determinado sistema de direito entende como tal. Classifica-se a pessoa jurídica em **pública** e **privada**, situando-se a primeira, primordialmente, no campo do direito público, movimentando-se a segunda no campo do direito privado.*

Consumidor é, antes de tudo, a pessoa física, mas a lei inclui a pessoa jurídica, pública e privada, nacional e estrangeira, entre o rol dos destinatários finais.

(...)² (Grifos nossos.)

2 CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários ao código de defesa do consumidor, Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 6 e ss.

E, evidentemente, a empresa VIDEOFINE Comércio e Representações Ltda. se encontra no papel de fornecedora, segundo o disposto no art. 3.º do mesmo Código de Defesa do Consumidor, já que comercializou produto.

Art. 3.º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (Grifos nossos.)

Verifica-se, assim, a adequação da aplicabilidade de alguns dispositivos do CDC à hipótese que se me apresenta por meio deste procedimento.

Pois bem, configurada que está a relação de consumo, podemos afirmar que por força de lei o fornecedor deve responder por quaisquer vícios sobre o produto, consignando-se, em favor do consumidor, algumas alternativas, descabendo qualquer alegação de ignorância do vício por parte do fornecedor.

*Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as **indicações constantes da oferta** ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir:*

I — a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II — a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III — o abatimento proporcional de preço.

(...)

Art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.

(...)

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. (Grifos nossos.)

Ora, a SMA, ao ter constatado a inadequação do produto às especificações constantes do procedimento, tratou de contatar o fornecedor que, a despeito dos fatos, prometeu, mas não efetivou a troca do material.

Tal fato, como visto acima, não exige a VIDEOFINE Comércio e Representações Ltda. de cumprir regularmente a entrega do bem exatamente como determinado pela Secretaria de Administração.

Ocorre que apesar dos vários contatos feitos por meio de correspondências e fax com a Sr.^a Leila, que assinou todos como representante da VIDEOFINE, embora em outro endereço, tal troca não foi realizada. Ao não promovê-la, a empresa ficou sujeita à aplicação do art. 56 c/c art. 58 do Código de Defesa do Consumidor, do seguinte teor:

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I — multa;

II — apreensão de produto;

III — inutilização do produto;

IV — cassação do registro do produto junto ao órgão competente;

V — proibição de fabricação do produto;

VI — suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;

VII — suspensão temporária de atividade;

VIII — revogação da concessão ou permissão de uso;

IX — cassação da licença do estabelecimento, ou de atividade;

X — interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;

XI — intervenção administrativa;

XII — imposição de propaganda;

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

(...)

*Art. 58. As **penas** de apreensão, de inutilização de produtos, de proibição de fabricação de produtos, de suspensão do fornecimento do produto ou serviço, de cassação do registro do produto e revogação da concessão ou permissão de uso **serão aplicadas pela administração, mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa, quando forem constatados vícios de quantidade ou de qualidade por inadequação ou insegurança do produto ou serviço.** (Grifos nossos.)*

Diga-se que quando o fornecedor VIDEOFINE Comércio e Representações Ltda. assegurou estar alienando para a Administração produto mais recente, que disponibilizaria além das funções solicitadas outras mais vantajosas, fez afirmação falsa e enganosa sobre o produto, cometendo verdadeira ilicitude, tipificada como hipótese criminosa pelo Código de Defesa do Consumidor, como se depreende da leitura do art. 66, *verbis*:

*Art. 66. **Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:***

Pena – Detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1.º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2.º Se o crime é culposo:

Pena – Detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses ou multa. (Grifos nossos.)

Ora, tipificada a hipótese penal, a Secretaria Municipal de Administração pode, desde já, preparar notícia crime e encaminhar ofício para o Ministério Público.

Mas não é só.

Como narrado pela Sr.^a Superintendente de Material, a irregularidade perpetrada não se subsumiu à mera inobservância dos dispositivos acima transcritos do Código de Defesa do Consumidor. Foi além.

É que a Superintendência de Material, ao cumprir decisão da Sr.^a Secretária, com a fixação de penalidade de multa, tomou conhecimento, mesmo após ter trocado correspondência com a antiga sócia majoritária da VIDEOFINE Comércio e Representações Ltda., que tinha ocorrido alteração de sócios e de localização comercial da mesma.

Ora, é bom que se pontue, nesse momento, que as correspondências encaminhadas em resposta às solicitações da Secretaria de Administração foram assinadas pela ex-sócia majoritária, ainda em nome da empresa VIDEOFINE Comércio e Representações Ltda., apesar de ter sido indicado o endereço da Av. das Américas. Em nenhum desses documentos a Administração foi alertada sobre a situação subjetiva da empresa.

Justo nesse momento, inúmeras dificuldades foram encontradas para a efetiva defesa dos interesses municipais.

Com efeito, a empresa não se localizava no endereço indicado e os seus novos sócios também tinham indicado endereço residencial inexistente.

Ora, é inequívoca a conclusão de que ocorreu verdadeira fraude à Lei n.º 8.079, de 1990, com efetivo prejuízo para a Administração Municipal.

E mais, no mesmo momento, o Poder Público veio a saber que a ex-sócia majoritária da VIDEOFINE Comércio e Representações Ltda. criou nova empresa, a CENTURY 21 Comércio e Assessoria Ltda., localizada no endereço de onde partiam as respostas e cartas encaminhadas para a Superintendência de Material, atuando no mesmo ramo de atividade da VIDEOFINE.

Inevitável concluir pela fraude por infração à lei.

Nesse passo, há de se trazer à colação os termos do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, adotando a **teoria da desconsideração da personalidade jurídica** em relação à VIDEOFINE Comércio e Representações e sua antiga sócia majoritária, que, evidentemente, tem agido com má-fé para com a municipalidade.

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

(...)

§ 5.º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados a terceiros. (Grifos nossos.)

A **desconsideração da personalidade jurídica**, também conhecida como **teoria da penetração** (“disregard of legal entity”; “lifting the corporate veil”; “Durchgriff”), desenvolveu-se em países de direito não escrito, como Estados Unidos e Inglaterra, para as hipóteses de necessária repressão a abuso ou fraude que fossem perpetrados com utilização artificiosa de uma pessoa jurídica, ainda que escondida em forma legal.

Nesses casos, deve-se ignorar a pessoa jurídica, desconsiderando-a, a fim de que, com o afastamento de sua personificação, reste, como realidade nua e crua, a separação patrimonial, que antes confundia os atos e os patrimônios da empresa e de seu sócio.

Nesse momento, o patrimônio do sócio que usava a pessoa jurídica como fantoche, para se proteger da punibilidade de atos abusivos, ilegais ou fraudulentos por ele praticados, pode ser diretamente atingido com a despersonalização da empresa.

A teoria ora versada foi pioneiramente tratada, em solo pátrio, por Rubens Requião:³

2. A doutrina desenvolvida pelos tribunais norte-americanos, da qual partiu o Prof. Rolf Serick para compará-la com a moderna jurisprudência dos tribunais alemães, visa a impedir a fraude ou o abuso através do uso da personalidade jurídica, e é conhecida pela designação “disregard of legal entity” ou também pela “lifting the corporate veil”. Com permissão dos mais versados no idioma inglês, acreditamos que não pecaríamos se traduzíssemos as expressões referidas como “desconsideração da personalidade jurídica”, ou ainda, como “desestimação da personalidade jurídica”, correspondente à versão espanhola que lhe deu o Prof. Polo Diez, ou seja, “desetimación de la personalidad jurídica”. O “lifting the corporate veil” seria o “levantamento” ou “descerramento do véu corporativo” ou da “personalidade jurídica”. Segundo ainda o Prof. Polo Diez a expressão “disregard of legal entity” é o equivalente mais próximo da “doutrina da penetração” da personalidade jurídica, da moderna jurisprudência germânica.

Em que consiste, entretanto, essa doutrina ou teoria? Inicia o Prof. Serick sua tese com as palavras conceituais: “A jurisprudência há de enfrentar-se continuamente com os casos extremos em que resulta necessário averiguar quando pode prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre até o seu próprio substrato e afete especialmente a seus membros”. E o prefaciador da edição espanhola Prof. Polo Diez explica que “o nervo e medula de toda a obra se assenta na questão de determinar em que fundamentos e em virtude de quais princípios dogmáticos podem os tribunais chegar a prescindir ou superar a forma externa da pessoa jurídica, para “penetrando” através dela, alcançar as pessoas e bens que debaixo de seu véu se cobrem”.

(...)

3 REQUIÃO, Rubens. “Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica” — (“Disregard Doctrine”). In: **Revista dos tribunais**, n.º 410/12, São Paulo, 1969.

O jurista norte-americano Wormser, que desde 1912 versou a doutrina, procurou delinear o seu conceito, professando que “quando o conceito de pessoa jurídica (“corporate entity”) se emprega para defraudar os credores, para subtrair-se a uma obrigação existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar um monopólio ou para proteger velhacos ou delinquentes, os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos e farão justiça entre pessoas reais. Hoje os tribunais norte-americanos alargaram ainda mais o conceito, aplicando a doutrina quando a consideração da pessoa jurídica levar a um resultado injusto. Partindo, assim, do conceito de fraude, básico na enumeração de Wormser, estendeu-o, para atingir também as hipóteses em que ocorrer abuso de direito.

(...)

Ora, a doutrina da desconsideração nega precisamente o absolutismo do direito da personalidade jurídica. Desestima a doutrina esse absolutismo, perscruta através do véu, que a encobre, penetra em seu âmago, para indagar de certos atos dos sócios ou do destino de certos bens. (...)

(...)

(...) A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente em direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir a fraude, através de seu uso.

Adere, também, à referida corrente o Desembargador Wellington Moreira Pimentel,⁴ que, em artigo publicado sobre as decisões jurisprudenciais na aplicação da teoria em apreço, conclui pela afirmação da “existência da personalidade jurídica da sociedade de capital, nem a distinção e separação entre o patrimônio desta e dos sócios, mas des-

4 PIMENTEL, Wellington de Moura. “A aplicação da teoria do superamento da personalidade jurídica”. In: RDTJRJ n.º 2/12, de 1981.

preza e supera tais conceitos e distinções se a pessoa jurídica é usada como escudo para a responsabilidade civil por ato ilícito, para a prática de fraudes ou em detrimento do interesse público”.

No mesmo caminho doutrinário seguem os ensinamentos de outros ilustres escritores que trataram do tema,⁵ além de inúmeras decisões jurisprudenciais.

O que assegura a doutrina, como até o momento foi visto, é a possibilidade de o sócio responder pessoalmente pelos danos quando a pessoa jurídica, atrás da qual se escondeu, praticou abuso, fraude ou ilicitude. A **teoria da desconsideração da personalidade jurídica**, então, afasta a pessoa jurídica, para buscar a satisfação legal dos relacionados atos na pessoa de seu sócio.

A desconsideração, podemos assim dizer, fulmina a pessoa jurídica com feixes de raios-X, a fim de dar transparência à situação, deixando cair o véu que escondia o grande causador das atividades nocivas.

No caso *sub examine*, a ex-sócia majoritária da VIDEOFINE Comércio e Representações será pessoalmente intimada para reparar os ilícitos e equívocos por ela perpetrados, adotando-se a **teoria da desconsideração**.

A primeira conclusão, portanto, é límpida e de fácil adoção.

Passemos, agora, à segunda parte do que trata o presente procedimento administrativo.

Até esse momento, passaremos a analisar a hipótese solicitada especificamente pela Exma. Secretária Municipal de Administração, que indaga se a **teoria da desconsideração** pode ser utilizada para impedir que a nova empresa, a CENTURY 21 Assessoria e Representação Ltda., formada pela ex-sócia majoritária, possa se habilitar no cadastro de fornecedores do Município, por meio da “disregard of legal entity”.

5 RAMELHETE, Clóvis. “Sistema de legalidade e desconsideração da personalidade jurídica”. In: RT n.º 586/9; WALD, Arnoldo. “Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova lei das sociedades anônimas”. In: RT n.º 500/13; GOMES, Luiz Roldão de Freitas. “Desconsideração da personalidade jurídica”. In: **Revista de direito civil**, n.º 46/27.

Pela excelente exposição feita no Estudo Jurídico elaborado pela 5.^a Procuradoria Setorial, poderíamos concluir pela impossibilidade de a CENTURY 21 ser atingida pela **teoria da desconsideração da personalidade jurídica** e, assim, ser cabível seu cadastramento junto à Secretaria Municipal de Administração.

Ocorre que em sua extensa e relevante obra *A dupla crise da pessoa jurídica*, o Prof. J. Lamartine Corrêa de Oliveira⁶ traz a nosso conhecimento o parecer de Francisco Campos conferindo solução, na linha da desconsideração, a caso de criação de interposta pessoa jurídica por sócios de outra, julgada inidônea, para prosseguir negociando com a Administração. Vejamos seu teor na integralidade, diante da orientação inovadora que trará a sua adoção pela Administração Municipal em todas as hipóteses semelhantes:

7.2. Ainda o exame do caso concreto: os pareceres

Alguns pareceres de eminentes juristas brasileiros já versaram temas para os quais, ao menos à primeira vista, parecia invocável alguma das versões das teorias de penetração ou desconsideração. Nem sempre os juristas que formularam os pareceres invocaram de modo expresso tais teses, até porque alguns desses pareceres foram formulados em data anterior à da divulgação entre nós da temática da desconsideração.

Um primeiro parecer digno de estudo e interesse sobre o assunto é o que Francisco Campos formulou, sob a rubrica “Negócios Indiretos”. Segundo o parecerista, “a sociedade A, organizada para o fim exclusivo de realizar fornecimentos ao governo, teve cassada a sua idoneidade para concorrer no mercado administrativo”; seus sócios, “com o intento de se não privarem do exercício do comércio com a Administração Pública, imaginaram organizar outra sociedade que, pelo fato de se apresentar como pessoa jurídica distinta da primeira, não viria a incorrer na fulminação contra esta proferida pelo ato administrativo, que lhe decla-

6 Op. cit. p. 542-555. O Prof. Lamartine de Oliveira, em verdade, transcreve trechos do parecer “Negócios Indiretos”, elaborado por Francisco Campos e publicado in: Direito civil, Rio-São Paulo: Freitas Bastos, 1956. p. 241.

rou a inidoneidade”. Segundo o que se pode concluir do exame do conteúdo do parecer, outra indagação formulada ao parecerista consistia em saber se, na hipótese em que a Administração viesse a celebrar contratos com a Segunda sociedade, poderia a primeira pedir judicialmente perdas e danos em decorrência de sua inatividade.

O jurista procurou responder à consulta formulada recorrendo à categoria dos “negócios indiretos”. Não formula o parecer a distinção entre negócios indiretos lícitos e negócios indiretos fraudulentos, partindo da consideração segundo a qual, em regra geral, visariam os negócios indiretos à fraude à lei. Em tais negócios, assevera, “o que, em geral, visam os contraentes é subtrair-se ao alcance do princípio legal, mascarando a situação de fato, pressuposta pela lei à sua aplicação, de maneira que, pelo menos aparentemente, o estado de fato não corresponda ao que poderíamos chamar a situação de direito, isto é, ao estado de fato compreendido na pressuposição legal.” Ora, como a lei, “quando proíbe determinado ato jurídico, visa através deste os seus efeitos e, proibindo o ato, nele, o que ela condena são os resultados e não a forma ou, por outra, a forma só é vedada em atenção aos resultados e por causa deles”, os negócios indiretos fraudulentos (em fraude à lei) são atingidos pela fulminação legal da mesma forma pela qual seriam, se diretos fossem. Analisando o caso, chega Francisco Campos à conclusão de que os sócios não dissolveram a primeira sociedade, manifestando antes a vontade de conservá-la. Consta: “A Segunda se organizaria para operar em lugar ou em substituição da primeira. Ambas se compõem dos mesmos sócios e se destinam ao mesmo fim.” E diagnóstica: “Entre uma e outra é tão estreita, íntima e visceral a ligação, que se não pode fugir à suspeita de que no caso se trata de um único organismo, provido de duas faces, uma real, outra aparente ou simulada. O que a Segunda apresenta de novo não pode deixar de ser exclusivamente a firma, isto é, a face postíça com que se pretende dissimular a fisionomia real da primeira. Declarando associar-se, o que as partes querem, realmente, não é criar nova forma de atividade, mas uma aparência ou um simulacro, a cuja sombra possa mover-

se o organismo real, que o ato administrativo condenou à inatividade. A nova sociedade se reduz, em última análise, a dotar a antiga de nova firma”.

Partindo, pois, do princípio segundo o qual é essencial ao negócio de constituição de sociedade a existência efetiva do intuito de criação do vínculo societário a unir os sócios para a consecução de determinado objetivo (ponto em que é evidente sua divergência, por exemplo, com Ascarelli), não tem Francisco Campos dúvida em considerar a Segunda sociedade simulada. Como, no caso concreto, os sócios são verdadeiramente sócios (e nisso a hipótese diverge da sociedade constituída com o auxílio de testas-de-ferro), o que há de simulado é a existência de um novo vínculo, de um novo objeto social, de uma nova affectio societatis. (...)

(...)

Coloque-se, porém, já agora, uma Segunda interrogação: terá esse parecer significado, em verdade, e em absoluto rigor técnico, um caso de desconsideração da pessoa jurídica? O caso era de fraude à lei, um dos campos em que é mais abundante a casuística de Serick. Campos utilizou noções jurídicas clássicas - negócio indireto, simulação, fraude à lei- até porque não era entre nós conhecida a temática da desconsideração à época do parecer. Entendemos, porém, que o caso é tipicamente “desconsiderante”, pois a personalidade jurídica da pessoa jurídica da sociedade, apesar de tudo o que é dito pelo parecerista, permanece intacta quanto à solução que propõe: apenas, tal personalidade é desestimada, ignorada, no caso concreto, e em função de uma censura ética que importa valoração do animus, do elemento subjetivo da conduta dos sócios. É somente no plano da fundamentação que é negada, de modo genérico, a personalidade da Segunda sociedade. O resultado a que o parecer chega é o de claro disregard.

Diante do que restou relatado no presente, a má-fé da sócia majoritária é ainda mais evidente do que no caso ilustrado pelo parecerista. Isso porque a alteração subjetiva foi realizada logo após a entrega de produto

diverso do especificado, o que ensejaria evidente reclamação. Nesse passo, a ex-sócia majoritária repassou sua participação para outrem, que nunca chegou a ser encontrado.

Claro que ela conhecia a fraude que estava perpetrando.

Não bastasse isso, continuou a trocar correspondências como sócia da VIDEOFINE Comércio e Representações Ltda., respondendo pela empresa da qual, supostamente, já não participava, e por ela se responsabilizando a efetuar troca de produto viciado.

Diga-se que, no papel das correspondências, a sócia majoritária assinava pela empresa que já havia alienado, comprometendo-se por ela e dando o endereço comercial da CENTURY 21 Comércio e Assessoria Ltda. para contato.

Surpreendentemente, apenas quando tomou conhecimento das penalidades aplicadas à primeira empresa — **empresa fantasma e fraudada pela sócia majoritária** — é que cortou a comunicação com a Administração, esquivando-se de suas responsabilidades, ousando driblar os ditames legais ao requerer sua inscrição no Cadastro de Fornecedores, agora escondida por trás de novo véu — CENTURY 21 Comércio e Assessoria Ltda. —, quem sabe para perpetrar novos ilícitos.

Ora, a ambas as empresas se estende a declaração de inidoneidade, adotando-se a **teoria da desconsideração da personalidade jurídica**.

Parece-me que em tudo se assemelha o relato do autor Francisco Campos, com sua conclusão, à questão trazida à baila neste procedimento.

Por esses motivos, comprovada que está a má-fé na atuação da Sra. Sócia majoritária da VIDEOFINE Comércio e Representações Ltda., ainda que reconhecendo sua responsabilidade pela fraude (ver docs. de fls. 63/65), ao continuar se escudando atrás de pessoa jurídica com a mesma atividade, endereço e sócio, para fraudar a lei e não saldar suas obrigações para com a municipalidade, e ainda tentando continuar a negociar com a Administração Pública em efetivo agravo à lei, entendo que a Secretaria Municipal de Administração pode e deve indeferir o seu cadastramento, por sua inidoneidade e por força da aplicação da **teoria da desconsideração da personalidade jurídica**.

Mas a questão admite, também, outra solução, de mesma consequência prática, melhor sorte não tendo a CENTURY 21 Comércio e Assessoria, como veremos.

Em verdade, quando a ex-sócia majoritária da VIDEOFINE Comércio e Representações Ltda. iniciou conversações com a Superintendência de Material, após a comprovação de vício do produto, ela o fez já no novo endereço comercial e ainda como sócia majoritária da VIDEFINE, deixando clara a sua responsabilidade sobre as ilicitudes praticadas por pessoa jurídica anteriormente utilizada. Tal afirmação pode ser constatada da simples verificação de datas constantes dos documentos de fls. 22-27, fls. 63 e fls. 65.

Em nenhum momento, em qualquer das correspondências trocadas, deixou de admitir sua responsabilidade, tanto pessoal como empresarial, pela entrega de produto certo.

E isso porque sabia que sua nova empresa, a CENTURY 21 era, de fato, SUCESSORA DE NEGÓCIOS e, portanto, sucessora tributária da VIDEOFINE.

Ora, em sendo sua sucessora, tal como pode ser exemplificado com o teor do Código Tributário Nacional, deve responder pela recomposição dos danos causados à Administração Municipal.

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidas até a data do ato:

(...)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob afirma individual.

Comentando o tema, Zelmo Denari assevera:

Resulta que, mesmo na hipótese de extinção de sociedade, há sucessão tributária se um dos sócios componentes continuar na exploração da mesma atividade, constituindo ou simplesmente participando de nova firma.

Trata-se, aqui, de um caso típico de sucessão por ficção legal, porque se houve extinção de uma sociedade, com a conseqüente liquidação do acervo societário, e um dos sócios componentes constitui ou participa de nova firma, ainda que desenvolvendo a mesma atividade comercial, não seria defensável, juridicamente, sob o estrito prisma do Direito Comercial, a tese da sub-rogação nos direitos e obrigações da firma extinta.⁷

Vê-se, assim, que houve sub-rogação das obrigações e responsabilidades da CENTURY 21 Comércio e Assessoria em relação à VIDEOFINE Comércio e Representações Ltda.

A sucessão tributária gera a sub-rogação e à identidade de condições jurídicas entre as duas empresas, sendo ambas, por isso, inidôneas.

A inidoneidade da primeira empresa há de ser estendida à sua sucessora, fantasma de negócios que é de uma comerciante que utiliza as pessoas jurídicas para perpetrar ilicitudes e fugir das obrigações e responsabilidades legais.

III. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, a conclusão deste parecer é que, comprovada que está a má-fé na atuação da Sra. Leila de Souza Mendes, sócia majoritária da VIDEOFINE Comércio e Representações Ltda., reconhecendo sua responsabilidade pela fraude (ver docs. de fls. 63/65), ao continuar se escudando atrás de pessoa jurídica com a mesma ativida-

7 DENARI, Zelmo. Elementos de direito tributário, São Paulo: Juriscredi Ltda. p. 261.

de, endereço e sócio, para fraudar a lei e não saldar suas obrigações para com a municipalidade, e ainda tentando continuar a negociar com a Administração Pública em efetivo agravo à lei, a Secretaria Municipal de Administração pode e deve indeferir a sua inscrição no Cadastro de Fornecedores do Município, por sua inidoneidade e por força da aplicação da **teoria da desconsideração da personalidade jurídica**, ou, ainda, pela adoção da sucessão tributária ocorrida, levando, identicamente, à declaração de inidoneidade para a segunda empresa.

Eram essas as ponderações que me cabia fazer.

À superior consideração de V. S.^a

CARMEN LÚCIA MACEDO

PROCURADORA DO MUNICÍPIO

Ao PG/SUB.

Sem opor ao Parecer PG/PSE/23/99, da lavra da i. Dra. Carmen Lucia Macedo.

Em 13 de agosto de 1999.

PATRICIA FELIX TASSARA

PROCURADORA-ASSISTENTE

da PG/PSE

Ref.: procedimento administrativo n.º 05/003.464/98

1.º — VISTO. APROVO o excelente Parecer PG/PSE/23/99-CLM, da lavra da ilustre Senhora Procuradora Doutora Carmen Lúcia Macedo, que recebeu Visto aprobatório da ilustre Senhora Procuradora-Assistente da Procuradoria de Serviços Públicos, Doutora Patrícia Felix Tassara.

2.º — Encaminhe-se o processado à **PG/PCG/5.ª Procuradoria Setorial**, em prosseguimento.

Em 19 de agosto de 1999.

ALEXANDRE NERY BRANDÃO

PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO

Parecer
PG/PTR CMMCS n.º 003/01

EM 11-6-2001.

*DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL
PARA O INSS. MODIFICAÇÃO DE ALÍQUOTA. APLI-
CAÇÃO NO TEMPO. FATO GERADOR. CONCEITO.*

Senhor Procurador-Geral:

I. RELATÓRIO

Trata-se de consulta encaminhada pela CODESP, indagando acerca da nova alíquota estabelecida para a contribuição social para o INSS, fixada por meio de Portaria do Ministério da Previdência e Assistência Social, e seu período de incidência, bem como sobre o conceito de fato gerador da referida contribuição.

Inicialmente encaminhado à d. Procuradoria Trabalhista, foi exarado o pronunciamento de fls. 04, por sua I. Procuradora-Chefe, Dr.^a Vera Helena, que conclui no sentido de que o fato gerador do tributo em questão “é o pagamento dos valores de natureza salarial”. Pondera, no entanto, pela oitiva da Procuradoria Tributária, dada a natureza do assunto versado nos autos.

É o relatório.

II. O FATO GERADOR DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Inicialmente, cabe dizer que, à primeira vista, e especialmente à luz do bom-senso, a questão posta para exame não aparenta maior complexidade, podendo-se quase que instintivamente responder no sentido da conclusão apontada pela Dr.^a Vera Helena.

Ao se aprofundar o exame do tema, no entanto, verifica-se que há poucos pronunciamentos doutrinários a respeito, e não muito categóricos. Isto porque a Lei n.º 8.212, de 1991, que dispõe sobre a Organização da Seguridade Social e seu Plano de Custeio, não diz claramente qual é o fato gerador da contribuição, talvez porque a sua natureza tributária tenha sido reconhecida a partir de manifestações jurisprudenciais, principalmente após a Constituição de 1988, que incluiu expressamente as contribuições sociais dentro do Capítulo do Sistema Tributário Nacional.

De fato, a referida Lei n.º 8.212, de 1991, é bastante precisa na definição de quem são os segurados, obrigatórios e facultativos, quem são os contribuintes do Sistema e mesmo de quais são as bases de cálculo da contribuição, em cada caso. Mas não de qual ou quais são os fatos geradores respectivos.

Essa definição fica, assim, para o campo da construção doutrinária e jurisprudencial.

Antes de tudo, porém, é importante mencionar os dispositivos legais sob análise, em especial, a norma que introduziu a modificação de alíquota antes aludida.

Trata-se da Portaria n.º 845, de 15 de março de 2001, publicada no D.O. de 21-3-2001, do Ministério da Previdência e Assistência Social, cujo art. 1.º dispõe o seguinte:

*Art. 1.º A contribuição do segurado empregado, inclusive o doméstico, e trabalhador avulso, **incidente sobre fatos geradores a partir de 18 de março de 2001**, será calculada mediante a aplicação da correspondente alíquota, de forma não cumulativa, sobre o seu salário-de-contribuição mensal, de acordo com o Anexo a esta Portaria. (Grifos nossos.)*

O Anexo — fls. 03 — contém tabela com especificação das alíquotas aplicáveis a cada faixa de salário de contribuição, sendo a expressão em destaque a que provocou a dúvida suscitada nestes autos.

Fato gerador, na clássica definição de Amílcar de Araújo Falcão,

(...) é, apenas, o pressuposto material que o legislador estabeleceu para que a relação obrigacional se instaure.

A obrigação tributária nasce, cria-se, instaura-se por força da lei; na lei estão todos os seus fatos germinais. O chamado fato gerador marca, apenas, o momento, o pressuposto, a fattispecie normativa para que o vinculum iuris legalmente previsto se inaugure. (In: Fato gerador da obrigação tributária, 3. ed., RT. p. 29.)

Também a definição legal, contida no art. 114 do Código Tributário Nacional, embora alvo de algumas críticas por avançar em terreno normalmente afeto à doutrina, caminha no mesmo sentido: “Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”.

Os conceitos acima remetem automaticamente a uma idéia de ação ou a um estado, definidos em lei, cuja ocorrência ou constatação no mundo dos fatos dá ensejo à obrigação tributária. Daí por que, em geral, as normas definidoras dos fatos geradores dos inúmeros tributos existentes em nosso ordenamento jurídico contêm uma locução verbal, que expressa esse acontecimento ou situação, de conteúdo econômico, eleito pelo legislador para fazer nascer a obrigação tributária: auferir renda, ser proprietário de imóvel, transmitir direitos sobre imóveis, prestar determinados serviços, etc.

No entanto, a Lei n.º 8.212, de 1991, acima citada, não contém nenhum dispositivo de conteúdo semelhante. Particularmente no que nos interessa aqui, enumera o parágrafo único do art. 11 daquele diploma legal quais são as contribuições sociais que, no âmbito federal, integram o orçamento da Seguridade Social, e, dentre elas:

“(...)”

c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição;

“(...)”.

Note-se que o salário de contribuição é, na verdade, a base de cálculo da contribuição, não podendo ser confundido com o fato gerador. Mas vejamos a definição legal de salário de contribuição para, a partir dela, procurar extrair os elementos que caracterizariam o respectivo fato gerador, já que a base de cálculo, juntamente com a alíquota, pode ser considerada como o elemento quantificador (ou adjetivo) da hipótese de incidência, sempre guardando relação econômica com seu aspecto material ou objetivo. Trata-se do inciso I do art. 28 da Lei n.º 8.212, de 1991:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

*I — **para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;***

(...). (Redação dada pela Lei n.º 9.528, de 1997; destaque nosso.)

Vale mencionar que a definição de salário-de-contribuição, na redação anterior da lei, continha diferença substancial, na medida em que se referia a “remuneração **efetivamente recebida ou creditada** a qualquer título, durante o mês”. (Grifo nosso.) Já a redação atual, como visto, alcança três possibilidades distintas — “pagos, devidos ou creditados” — para, em qualquer delas, entender caracterizado o salário-de-contribuição e, portanto, a incidência da contribuição social.

Em consequência, e de acordo com a redação vigente, pode-se concluir que o fato gerador da contribuição social devida pelo empregado é tríplice, podendo caracterizar-se com (i) o surgimento do direito ao recebimento da remuneração pelo empregado (crédito jurídico); (ii) o creditamento contábil da remuneração; ou (iii) o efetivo pagamento dela.

Todavia, o fato de ser a remuneração devida é antecedente lógico das outras duas situações descritas. Assim sendo, se basta a ocorrência de uma delas, para fazer surgir a obrigação tributária em exame, independentemente da superveniência ou não das demais, **poder-se-ia resumir o fato gerador, *in casu*, ao surgimento do direito do trabalhador à remuneração relativa ao mês trabalhado**, ou seja, ao surgimento do que se chama de **crédito jurídico**.

Consigne-se que o direito ao recebimento da remuneração surge, nos termos da legislação trabalhista, com o encerramento do mês de trabalho, para os que têm ajustado o pagamento mensal, ainda que a própria CLT conceda ao empregador prazo até o quinto dia útil do mês subsequente para adimplir sua obrigação. (Cf. art. 459, *caput* e § 1.º, da CLT.)

Da mesma forma, não importa, para a configuração do fato gerador, o prazo legal estipulado para o pagamento da contribuição, que, *in casu*, é descontada pelo empregador da remuneração devida a seus empregados e recolhida ao fisco até o dia dois do mês seguinte ao da competência, tudo nos termos do art. 30, I, “a” e “b”, da aludida Lei n.º 8.212, de 1991.

Embora se referindo à contribuição devida pelas empresas, incidente sobre a chamada “folha de salários”, prevista na alínea “a” do parágrafo único do art. 11 e no art. 22, I, ambos da mesma lei acima citada, manifesta-se no mesmo sentido o Dr. Fábio Zambitte Ibrahim, Auditor Fiscal do INSS/RJ, em trabalho publicado na Revista *Dialética de direito tributário*, n.º 64, p. 60, *in verbis*:

Pelo exposto, o fato gerador da contribuição, que já foi restrito às remunerações pagas, é, desde a Lei n.º 7.787/89, as remunerações pagas ou creditadas, evidenciando-se o crédito jurídico como deflagrador da gênese obrigacional previdenciária.

Na mesma linha de raciocínio se encontra o artigo publicado na Revista antes citada, n.º 66, p. 103, de Wladimir Novaes Martinez:

Abstraindo o mediato (custear socialmente prestações futuras para a clientela protegida), o fato gerador imediato é o propriamente dito, isto é, a situação impositiva da contribuição. De acordo com a lei vigente, consiste na constituição do direito ao pagamento da re-

muneração, não importando se este último evento acontece simultaneamente àquele. Pode ser, também, como se verá, a simples constituição do crédito contabilizado, quando configurado o direito, mas, ainda, sem quitação formalizada e, principal e finalmente, o pagamento escriturado ou não.

Ou seja, três circunstâncias ordenadas de modo a que primeira absorve as demais. Por conseguinte, se há escrituração do valor ou pagamento sem a decantação da pretensão, ele não consuma o fato gerador. Mera liberalidade do empregador sem contraprestatividade, não constitui a hipótese de incidência; o único pagamento que a determina é o devido em razão da existência do contrato de trabalho, e, na maioria dos casos, em virtude da prestação de serviços. (Grifos nossos.)

Mas adiante, arremata:

A validade do crédito contábil (que presume o direito), incluído na lei, deve-se apenas à facilidade que ele cria para a fiscalização do INSS. Poderia ser apenas o direito e o pagamento, este último como aperfeiçoador do nível daquele. (Grifos nossos.)

A jurisprudência sobre o tema variou bastante ao longo do tempo, de certo acompanhando as constantes modificações legislativas, mas, em geral, inclinava-se pela consideração do efetivo pagamento — aspecto mais visível e concreto das várias definições legais — como fato gerador da contribuição social em tela.

Mais recentemente, e em função da modificação introduzida pela citada Lei n.º 9.528, de 1997, que deu a redação atual do art. 28 da Lei n.º 8.212, de 1991, nele incluindo a expressão remuneração “devida”, surgiram outras decisões consagrando o entendimento acima defendido, vale dizer que basta o nascimento do direito à remuneração para ter-se configurado o fato gerador da contribuição para a seguridade social. Alguns julgados do TRF da 4.^a Região são mencionados em trabalho do Prof. Aroldo Gomes de Mattos, também inserido como anexo, sendo desnecessária sua reprodução aqui.

Assim sendo, pode-se, com segurança, afastar a possibilidade de que o fato gerador da contribuição do empregado para o INSS seja a

prestação laboral propriamente dita, pelo que inviável a cisão do mês trabalhado em dois períodos, para fazer incidir alíquotas diferentes em cada um deles; o fato gerador, como definido acima, só se consuma e aperfeiçoa com o encerramento do período laboral ajustado, fazendo nascer o direito à remuneração correspondente e, por conseqüência, a obrigação tributária em exame.

III. A FIXAÇÃO DAS ALÍQUOTAS

Cabem, por fim, algumas observações sobre as regras para fixação das alíquotas da contribuição em tela.

A uma, não estão elas submetidas ao princípio da anualidade tributária, tal como inscrito no art. 150, III, “b”, da Constituição Federal, em virtude da exceção prevista expressamente no art. 195, § 6.º, também da Carta Magna, que fixa o interregno de apenas noventa dias para que se tornem exigíveis as instituídas ou modificadas, a partir da publicação da lei respectiva.

Por outro lado, a norma que fixa as alíquotas da contribuição devida pelos segurados empregados, empregados domésticos e trabalhadores avulsos é a do art. 20 da Lei n.º 8.212, de 1991, com a redação da Lei n.º 9.032, de 1995, mediante tabela contendo as faixas de salário-de-contribuição e as alíquotas correspondentes.

Ocorre que a Lei n.º 9.311, de 1996, que criou a contribuição provisória sobre movimentação financeira, estabeleceu, em seu art. 17, II e § 1.º, o seguinte:

Art. 17. Durante o período de tempo previsto no art. 20:

(...)

II — as alíquotas constantes da tabela descrita no art. 20 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, e a alíquota da contribuição mensal, para o Plano de Seguridade Social dos Servidores Públicos Federais regidos pela Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, incidente sobre salários e remunerações até três salários-mínimos, ficam reduzidas em pontos percentuais proporcionais ao valor da contribuição devida até o limite de sua compensação;

(...)

§ 1.º Os Ministros de Estado da Fazenda e da Previdência e Assistência Social baixarão, em conjunto, as normas necessárias ao cumprimento do disposto nos incisos II e III deste artigo.

§ 2.º Ocorrendo alteração da alíquota da contribuição, as compensações previstas neste artigo serão ajustadas, mediante ato do Ministro de Estado da Fazenda, na mesma proporção. (Grifos nossos.)

As alterações nas alíquotas da contribuição para o INSS, na faixa de até três salários-mínimos, portanto, decorreram da instituição da chamada CPMF, com vistas a compensar a sua incidência, naqueles casos, prevendo ainda que modificações futuras nas alíquotas desta seriam ajustadas em relação àquela mediante ato ministerial, vale dizer, portaria.

Foi assim que, em função do disposto na Emenda Constitucional n.º 31, publicada em 18-12-2000, criando o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza e estipulando adicional de 0,08% para a CPMF, houve, noventa dias depois, a edição da Portaria de fls. 03 destes autos, adequando, na mesma medida, as alíquotas da contribuição para a seguridade social, devida pelo segurado empregado.

Segue abaixo o trecho da aludida E. C. 31, de 2000:

Art. 80. Compõem o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza:

*I — a parcela do produto da arrecadação correspondente a um **adicional de oito centésimos por cento**, aplicável de 18 de junho de 2000 a 17 de junho de 2002, na alíquota da contribuição social de que trata o art. 75 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;*

(...). (Grifos nossos.)

Esta, portanto, a origem legislativa da modificação de alíquota promovida pela Portaria em exame — fls. 03.

IV — CONCLUSÃO

Diante do acima exposto, manifesto-me no sentido de que a nova alíquota, estabelecida pela Portaria de fls. 03, é aplicável em relação à totalidade do salário-de-contribuição relativo ao mês de março de 2001, sem qualquer divisão *pro rata*, porquanto o respectivo fato gerador somente se consumou após o decurso do mês, com o surgimento do direito do empregado ao pagamento da remuneração contratada, quando já vigente a nova tabela.

À consideração de V. Ex.^a

CLAUDIA MONTEIRO DE CASTRO STERNICK

PROCURADORA-CHEFE DA PG/PTR

VISTO

Aprovo o bem lançado parecer de fls. 05/12, lavrado pela ilustre Procuradora-Chefe da PG/PTR, Dra. Cláudia M. de C. Sternick, concluindo que a nova alíquota da contribuição previdenciária, referida na Portaria MPAS nº 845/2001, tem aplicação sobre a integralidade dos salários de contribuição relativos ao mês de março/2001, referindo-se aos contratos de trabalho realizados em base mensal. Essa conclusão, aliás, coincide com aquela a que chegou a douta Procuradora-Chefe da PG/PTA, Vera Helena R. C. Francisco, em sua manifestação de fls. 04.

Dê-se ciência à PG/PTR e à PG/PTA, encaminhando-se, posteriormente, o p.p. ao consulente de fls 02.

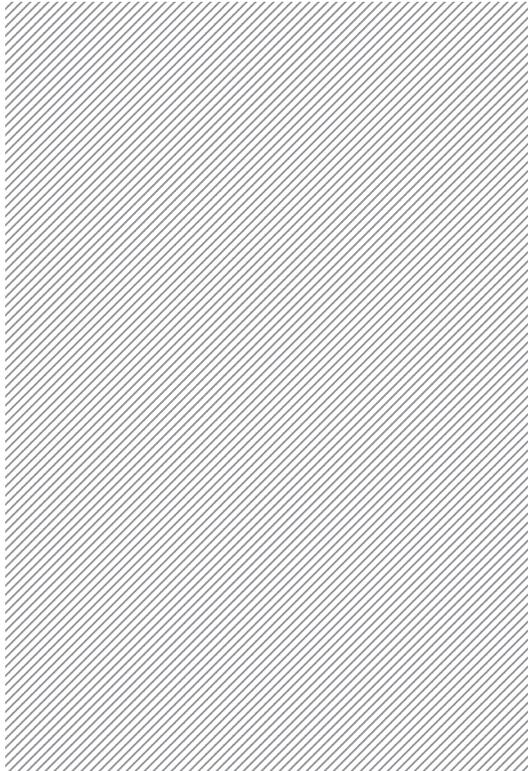
Rio de Janeiro, 11 de julho de 2001

JULIO REBELLO HORTA

PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO



Memorial



Memorial do Município do Rio de Janeiro sobre efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade

Recentemente foi acolhido, pelo C. Órgão Especial dessa E. Corte, incidente de inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 2.080, de 1994, no que alterou a redação do art. 67 do Código Tributário do Município, que estabelecia alíquotas diferenciadas para o cálculo do IPTU em razão da localização e metragem dos imóveis.

Não obstante, neste mesmo acórdão, instado a se pronunciar sobre os efeitos dessa declaração, se retroativos ou *ex nunc*, à luz do disposto na Lei Federal n.º 9.868, de 10-11-1999, **determinou o E. Órgão Especial que tal questão fosse decidida pela Câmara**, no julgamento da apelação (doc. anexo).

A referida lei federal permite a proclamação da inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, isto é, válidos apenas para o futuro, em duas situações excepcionais: (i) **quando haja necessidade de preservação da segurança das relações jurídicas**; ou (ii) **em que se configure a existência de interesse social relevante**.

Por esta razão, levando em conta o grande número de processos sobre o tema, ainda pendentes de decisão desse C. Tribunal, e a importante repercussão deles para a Municipalidade, pede-se vênha para apresentar a Vossa Excelência breve arrazoado, em que se demonstra estarem presentes, naquelas ações, ambas as condições que justificam a atribuição de efeitos não retroativos ao *decisum*.

1. A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Tanto os pedidos de anulação de lançamentos tributários como os de repetição de suposto indébito têm como pressuposto lógico a idéia de que a lei reconhecida inconstitucional torna-se absolutamente nula de pleno direito desde seu nascedouro, dela não se extraindo qualquer efeito válido, tudo como se nunca tivesse existido.

Trata-se da tradicional **doutrina dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade**, seja por controle direto ou concentrado, seja pela via do controle difuso ou indireto.

Entretanto, **a adoção pura e simples desse raciocínio vem sendo repudiada** em diversos países da Europa e dos E.U.A., e, mesmo entre nós, por inúmeros e renomados constitucionalistas, já há alguns anos, ocorreu **movimento que veio a culminar com a previsão expressa, inserida na Lei n.º 9.868, de 10-11-1999, da possibilidade de atribuição de efeitos *ex nunc* à decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo**. Veja-se o dispositivo correspondente:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (Grifos nossos.)

Note-se que a lei em questão consagra em nosso direito positivo, e não mais apenas em sede doutrinária, a tese já perfilhada por inúmeros países, **mitigando a regra geral da nulidade absoluta da lei inconstitucional em prol de valores preponderantes relacionados a**

- o **segurança das relações jurídicas;** e
- o **prevalência do interesse social.**

Cuida-se de tendência verificada, **especialmente nos casos em que a lei tida por incompatível com o texto constitucional tenha vigorado mansa e pacificamente durante longo período de tempo,**

durante o qual inúmeras relações jurídicas se consumaram sob o espírito da boa-fé. Nestas hipóteses, tem-se considerado que a simples atribuição de efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade certamente traria maiores e mais graves prejuízos do que a invalidação da norma dali em diante.

O Emin. Prof. da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Carlos Roberto Siqueira Castro, publicou importante trabalho sobre o tema, na *Revista ibero-americana de direito público*, n.º 01, 1.º semestre de 2000, p. 21-51, cuja íntegra pede-se vênia para juntar em anexo. Nele se constata que essa mudança de rumo, que é de grande porte, não sobreveio inopinadamente, mas, ao contrário, é fruto de longo período de maturação. Antigo acórdão da 2.ª Turma do STF, Rel. o Emin. Min. Leitão de Abreu, já discutia a natureza e efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de lei (no caso, o D.L. n.º 322/67), nos seguintes termos:

Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o Corpus Iuris Secundum, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure prudencialmente até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo. (In: RTJ 82/793-795; o destaque não é do original.)

De lá para cá, o Excelso Supremo Tribunal Federal prosseguiu neste mesmo caminho, como se vê da seguinte ementa:

Recurso extraordinário. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade em tese pelo Supremo Tribunal Federal. Alegação de direito adquirido. Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da Corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retri-

buição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem, mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade.

Recurso extraordinário provido em parte. (In: D.J.U. de 8-4-1994, p. 7.243; grifos nossos.)

Pois bem, o raciocínio empregado na hipótese acima é o mesmo a justificar, *in casu*, não seja atribuído o efeito retroativo à declaração de inconstitucionalidade dos tributos municipais questionados perante esta Corte.

2. A APLICAÇÃO DOS EFEITOS *EX NUNC* EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Uma vez demonstrado que não mais vigora entre nós, nem alhures, a teoria tradicional da eficácia retroativa das decisões proclamatórias de inconstitucionalidade, de forma rígida e absoluta, cumpre demonstrar que, **especialmente em matéria tributária, quando a lei atacada tenha vigorado e sido aplicada tranqüilamente por longo período de tempo, não se pode desfazer todas as relações que se consumaram à sua sombra, sem afrontas mais graves ainda à ordem constitucional e à ordem pública.**

Realmente, há que se atentar para que:

- o gozam os atos normativos em geral da presunção de legalidade e constitucionalidade;
- o em matéria tributária e orçamentária, avultam os princípios da legalidade da receita e da despesa, assim como o da indisponibilidade do crédito público;
- o havendo lei regularmente editada, prevendo determinada forma de tributação, sem que haja qualquer determinação judicial que a invalide, é o agente público obrigado a lhe dar cumprimento, efetuando os lançamentos devidos, arrecadando os pagamentos e acionando os mecanismos previstos em lei para a cobrança dos inadimplentes;

- o não se trata, como visto, de mera faculdade, e sim de obrigação legal, sob pena de responsabilidade funcional.

De outra parte, uma vez apropriada a receita tributária, deve ela ser empregada *in totum* no atendimento das despesas previstas no orçamento, aqui, mais uma vez, sem qualquer margem de discricionariedade para o administrador.

Com certeza, estas as razões que levaram o Emin. Min. Maurício Correa, Rel. da ADIN N.º 1.102-2, a fazer ressalva em seu voto, que **concedia efeitos prospectivos, ou *ex nunc*, à decisão** que declarou a inconstitucionalidade das expressões “autônomos” e “administradores”, contidas no inciso I do art. 22 da Lei n.º 8.212, de 1991, relativo a contribuição previdenciária. **Isto em 1995; vale dizer: antes da previsão legal expressa dessa possibilidade.** (In: D.J.U. de 17-11-1995, p. 3.825.)

Comentando a decisão antes transcrita, assevera o I. Prof. Siqueira Castro no mesmo trabalho já referido:

Pode-se bem imaginar que a profusa utilização de ambos esses mecanismos ressarcitórios (repetição de indébito e compensação de créditos e dívidas previdenciárias) pela massa de contribuintes que oportunamente recolheram, desde a promulgação da Lei n.º 8.212 (em julho de 1991), um apreciável volume de recursos aos cofres da Previdência, — recursos esses que, por certo já teriam sido utilizados para a liquidação de benefícios securitários — iria comprometer direta e negativamente o equilíbrio das fontes de custeio previdenciário e, por inexorável conseqüência, o fluxo de pagamento mensal dos benefícios da seguridade social, todos de inexecdível alcance coletivo. (Grifos nossos.)

Não é diferente a situação do Município do Rio de Janeiro, no que diz respeito ao montante de recursos arrecadados com o IPTU — **sua segunda maior fonte de recursos próprios** (35% em média nos últimos quatro anos), conforme quadro em anexo — ao longo de **vinte e quatro anos (1975/1999) em que foi cobrado, de forma tranqüila, mediante a mesma sistemática de alíquotas diferenciadas em função da região e metragem dos imóveis.**

3. AS LEIS DE IPTU DO MUNICÍPIO E A JURISPRUDÊNCIA

O primeiro diploma legal a disciplinar a instituição do IPTU no recém-criado Município do Rio de Janeiro foi o **Decreto-Lei n.º 6, de 15-3-1975, que já previa alíquotas variáveis para o territorial, em função da localização do imóvel,** e alíquota única para o predial. (Cópia em anexo.)

Em 1980, a Lei n.º 206 (doc. anexo) manteve o mesmo sistema de alíquotas do decreto-lei anterior.

Em 1983, com a edição da **Lei n.º 483, de 27-12-1983** (doc. anexo), **adotou-se sistema de diferenciação de alíquotas também para os imóveis edificados**, variando para residenciais, não residenciais, **situados junto à orla, e em função da metragem, estendido este critério (metragem) também para o imposto territorial.**

Tal forma de tributação, é importantíssimo que se diga, permaneceu, grosso modo, inalterada até 1999, modificando-se periodicamente apenas os percentuais das alíquotas diferenciadas, as faixas de metragem e as regiões em que era dividida a Cidade.

A idéia central, contudo, sempre foi a mesma durante todo este período, vale dizer, o estabelecimento de alíquotas diferentes para cada grupo de imóveis, de acordo com a região da Cidade em que localizados e a área.

Estenda-se a pesquisa ao período anterior à criação do Município do Rio de Janeiro, e se verá que **já era essa a forma de tributação predial no antigo Estado da Guanabara — Lei n.º 672, de 24-11-1964 — e, pasme Vossa Excelência, no antigo Distrito Federal, onde era regulada pelo Decreto-Lei n.º 157, de 31-12-1937.** (Cópias em anexo.)

A única conclusão possível, a partir dessa análise, é a de que **as alíquotas do IPTU sempre foram fixadas da mesma forma, desde, no mínimo, 1937, isto é, por cerca de quarenta anos, sem que ninguém apontasse qualquer contrariedade ao texto das sucessivas Constituições Republicanas.**

Esta é a demonstração cabal da estabilidade e continuidade das relações jurídicas assim configuradas, cuja manutenção caracteriza princípio de ordem pública da mais alta relevância.

Somente a partir da primeira decisão do C. STF, proferida em **final de 1996**, em ação movida contra o **Município de São Paulo** — que, já na vigência da nova Constituição, **instituiu modelo de alíquotas progressivas em razão das faixas de valor venal dos imóveis** —, começaram a surgir os primeiros questionamentos em relação à legislação do Município do Rio de Janeiro.

No entanto, **inúmeras decisões de 1.ª instância e do próprio Tribunal de Justiça do Estado rejeitaram as arguições incidentais de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que a diferenciação de alíquotas, adotada aqui, não se confunde com a progressividade, rechaçada pelo STF naqueles precedentes de outros municípios.**

Frise-se que até hoje o E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ainda perfilha esse mesmo entendimento, conforme acórdãos proferidos nos Reexames Necessários n.ºs 70001637818, 70001846294 e 70001879485, da 2.ª Câmara Cível do TJRS.

Apenas em **novembro de 1999 veio o E. STF a se pronunciar, pela primeira vez e *incidenter tantum*, especificamente sobre a legislação carioca**, lamentavelmente assentando posição no sentido da sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988, tratando como uma só coisa diferenciação e progressividade de alíquotas.

Nessa ocasião, porém, já estava em vias de ser aprovada a Lei Municipal n.º 2.955, de 1999, que, diante da manifestação pretoriana, reformulou o sistema até então vigente, fixando uma única alíquota, conforme os imóveis sejam residenciais, não residenciais ou não edificadas. **A partir de 2000, portanto, deixou de vigorar o sistema repudiado pela C. Corte Constitucional.**

Então, numa palavra, pode-se afirmar com segurança que, **no Município do Rio de Janeiro:**

- o as diversas leis instituidoras de IPTU e Taxas fundiárias, por meio **das alíquotas diferenciadas**, foram aplicadas mansa e pacificamente durante longo período de tempo — cerca de **vinte e quatro anos** —, em continuação da mesma política fiscal já adotada pelos antigos Estado da Guanabara e Distrito Federal, totalizando, neste caso, quarenta anos (v. quadro de leis anexo);

- o sem qualquer determinação judicial que autorizasse conduta diferente, até final de 1999, quando sobreveio a primeira decisão do STF, que declarou, *incidenter tantum*, a incompatibilidade do art. 67 do CTM com a Constituição de 1988, foi a legislação local adaptada às diretrizes da Corte Maior.

Vale repetir que, no âmbito do Tribunal de Justiça deste Estado, a questão estava indefinida até então, somente tendo sido pacificada em **fevereiro de 2001, com o julgamento do primeiro incidente de inconstitucionalidade levado à apreciação do Órgão Especial** (mencionado no início), havendo hoje isolados, mas honrosos, votos discordantes.

4. O EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO MUNICIPAL

E o que se fez com a receita auferida ao longo desses vinte e quatro anos?

Foi ela empregada integralmente na prestação de serviços públicos a toda a comunidade carioca, em estrita obediência às competências constitucionais atribuídas aos municípios — **arts. 6.º e 30, V, VI e VII, da CF** — e de acordo com as previsões das sucessivas leis orçamentárias.

Se assim ocorreu, afigura-se inafastável a conclusão de que **foram consumadas, e legitimamente, inúmeras relações jurídicas entre Fazenda Municipal, de um lado, e cada contribuinte de IPTU, de outro, dos quais a grande maioria — cerca de 80% — honra seus compromissos tributários corretamente. Isto ao longo de vinte e quatro anos, vale dizer, quase toda a existência do Município do Rio de Janeiro**, sem levar em consideração o período anterior à sua criação, como acima aludido.

Tais relações jurídicas, constituídas sob o manto da boa-fé, em homenagem à presunção de legalidade e constitucionalidade dos atos do Poder Público, não podem ser desfeitas, como se nada tivesse ocorrido, sob pena de se prestigiar:

- o a prevalência dos interesses individuais (de alguns mais bem aquinhoados) em detrimento do interesse coletivo;
- o enriquecimento sem causa destes, que pretendem receber de volta o que pagaram ou deixaram de pagar, apesar de tão ou mais

beneficiados pelos serviços públicos já prestados pela Administração (v. quadro anexo, com a distribuição por regiões/bairros, das ações já ajuizadas);

- o o aumento da inadimplência, sendo efeito da insegurança jurídica instaurada nas relações tributárias estabelecidas entre o Município e seus contribuintes;
- o o impacto financeiro que eventual efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade operaria sobre as contas públicas, comprometendo gravemente a tão festejada autonomia municipal conquistada com a Constituição de 1988.

Em anexo à presente, encontra-se quadro demonstrativo do total das ações de repetição de indébito de IPTU e Taxas recebidas pelo Município **no período de janeiro de 1998 a julho de 2001**, com o somatório dos **valores atribuídos às causas**, que chega à cifra de quase **R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)**. Neste montante **não estão computados correção monetária, juros, sucumbência, nem eventuais revisões de valores informados a menor na inicial**.

Este valor, que, com certeza, **(i)** está aquém do montante que o Município eventualmente teria que pagar se atribuído o efeito retroativo à decisão declaratória da inconstitucionalidade e **(ii)** não considera os créditos em cobrança na **Dívida Ativa** — cerca de **R\$3.000.000.000,00 (três bilhões de reais)** só de IPTU e Taxas —, representa:

- o cerca de **vinte vezes** a média do total de pagamentos feitos por **precatório** para toda a Administração Direta, por ano, que é de R\$20.000.000,00, incluindo desapropriações e pessoal;
- o quase o **dobro** do total da despesa realizada pela **Secretaria Municipal de Obras e Serviços Públicos**, no exercício de 1998, que foi de R\$238.506.447,00;
- o **mais de 2/3** de toda a despesa realizada pela **Secretaria Municipal de Educação**, também no exercício de 1998, no montante de R\$575.914.074,00;
- o aproximadamente o **mesmo valor** da despesa realizada pela **Secretaria Municipal de Saúde**, em 1998, no total de R\$ 420.041.274,00.

Isto para citar apenas os maiores orçamentos dentre as secretarias municipais, uma vez que as demais se situaram, quase todas, em patamar inferior a R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais) naquele exercício, tudo como se verifica dos anexos da Lei n.º 2.973, de 10-1-2000, que vem a ser o Orçamento Anual 2000 (cópia em anexo).

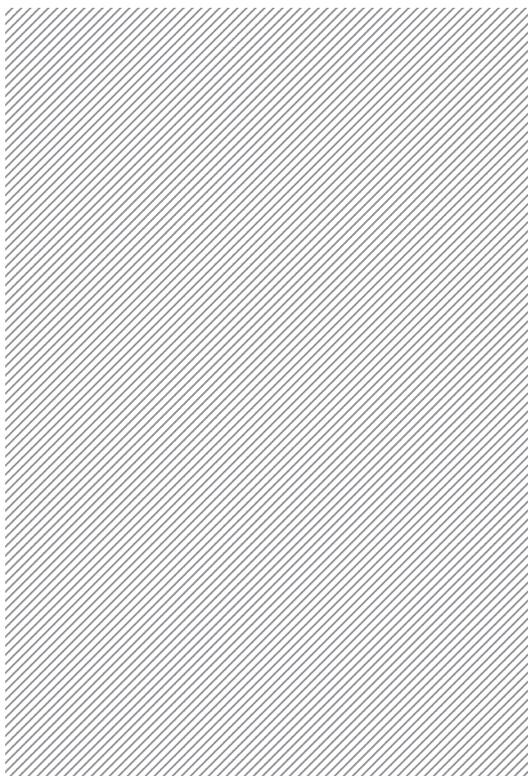
Este é o interesse público excepcional e prevalente, que, ao lado do princípio da boa-fé e da segurança jurídica, há de justificar seja atribuído efeito *ex nunc* à decisão pretoriana que, após demorado período de vigência tranqüila, declarou invalidade da legislação municipal em tela em face do novo texto constitucional.

Na verdade, esta é a única medida de Justiça e de respeito aos verdadeiros desígnios do Constituinte de 1988, pois qualquer entendimento em sentido contrário **violaria de forma direta e frontal o arts. 6.º e 30, V, VI e VII, da CF**, que estabelecem como competência do Município a prestação de serviços de saúde e educação (considerados direitos sociais) e demais serviços públicos de interesse local, cuja fonte de custeio são os tributos ora questionados.

É o que submetemos à elevada apreciação de Vossa Excelência.



Decisões Judiciais



*Recurso Ordinário em MS n.º 11.050
– Rio de Janeiro (1999/0069176-8)*

RELATOR: MIN. ELIANA CALMON

RECTE:

ADVOGADO :

**T.ORIGEM: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO**

IMPDO: PREFEITO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

RECDO: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : MARCELO SALLES MELGES E OUTROS

EMENTA

**ADMINISTRATIVO – TRANSPORTE INTERMUNICIPAL –
LIMITAÇÃO AO TRÁFEGO NO CENTRO DA CIDADE DO RIO DE
JANEIRO.**

1. É da competência do Município disciplinar o tráfego e trânsito na cidade respectiva.
2. Ao Estado cabe a concessão e fiscalização das concessões e trechos.
3. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com a Relatora os Ministros Paulo Gallotti, Franciulli Neto, Nancy Andrighi e Francisco Peçanha Martins.

Brasília – DF, 22 de fevereiro de 2000.

MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS
PRESIDENTE
MINISTRA ELIANA CALMON
RELATORA

RECURSO ORDINÁRIO EM MS No. 11.050 – RIO DE JANEIRO (1999/0069176-8)

RELATOR: MIN. ELIANA CALMON

RECTE:

ADVOGADO :

T.ORIGEM: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPDO: PREFEITO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

RECDO: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : MARCELO SALLES MELGES E OUTROS

RELATÓRIO

A EXMA.SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: - Esta Turma, em Sessão de 12/12/96, julgando recurso ordinário em mandado de segurança, pelo voto do Ministro Ari Pargendler, deu provimento, ao recurso, ficando assim ementado a decisão:

Processo Civil. Mandado de Segurança. Legitimidade ‘ad causam’.

Legitimidade do usuário para atacar ato de Prefeito Municipal que altera linha de ônibus de transporte intermunicipal na zona urbana da cidade, para

os efeitos dessa conclusão, basta a consideração de que o usuário é o destinatário desse serviço público – independentemente de sua pretensão ser procedente ou não. Recurso ordinário provido.

(fls. 293)

Em consequência da ilegitimidade ativa afastada pelo STJ, retornaram os autos ao Tribunal de Justiça para exame do mérito do *writ*.

O Colegiado estadual denegou a segurança, conforme julgado assim resumido:

Decreto Municipal que fixa itinerários de linhas de ônibus intermunicipais dentro da cidade. Competência do Município para estabelecer condições de trânsito urbano, decorrente da autonomia municipal. Legalidade do ato, que não constitui abuso de poder. Denegação da ordem.

(fls. 335)

Foi então aviado recurso dos vencidos que, em longo arrazoado, afirmam que a decisão concluiu:

- a) que o decreto municipal que alterou o trajeto de linhas de ônibus insere-se no poder discricionário dos órgãos públicos;
- b) constitui-se matéria de interesse local as condições de tráfico urbano; e
- c) o juízo de conveniência e oportunidade do ato administrativo e da exclusiva atribuição do administrador.

Entretanto, alegam os recorrentes serem errôneas as conclusões:

- a) ao afirmar o julgado que os usuários não podem interferir nas condições de tráfico, praticamente contrariou a decisão do STJ que entendeu serem os mesmos parte legítima para a impetração, o que, em outras palavras, equivale a tornar de nenhum efeito o aresto da Corte Superior;
- b) as linhas dos ônibus intermunicipais, bem assim os itinerários respectivos são autorizados pelo poder concedente, o governo estadual; e

c) mesmo no ato discricionário o controle do judiciário faz-se presente, no esquadramento dos elementos daquele.

Concluem pela ilegalidade do decreto municipal, o qual viola o art. 25 da CF/88 e os artigos 70, I; 239, §§ 1º, 2º e 3º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e o art. 2º da Lei n. 1.221, de 06/11/87.

O recurso foi contra-arrazoado pelo Município, tendo o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, nesta instância, opinando pelo improvimento do recurso.

Relatei.

RECURSO ORDINÁRIO EM MS

No. 11.050 – RIO DE JANEIRO (1999/0069176-8)

RELATOR: MIN. ELIANA CALMON

RECTE:

ADVOGADO :

T.ORIGEM: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPDO: PREFEITO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

RECD: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : MARCELO SALLES MELGES E OUTROS

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA)
: - Preliminarmente, é preciso que se estabeleça os limites da legitimidade *ad causam* frente a um ato discricionário do Poder Público.

Quanto esta Turma deu pela legitimidade dos usuários, para impugnar o ato da Municipalidade que estabeleceu regras para os serviços de transporte do Rio de Janeiro, considerou que os destinatários do serviço são os maiores interessados em fiscalizar o Serviço Público, bem assim os atos que dão forma ao mesmo, o que não se confunde em outorgar aos reais legitimados a possibilidade de substituir as regras de gestão do serviço, de índole técnica e política. Daí ser o ato classificado como discricionário, cuja linha de interferência é bem menor do que no ato vinculado.

O decreto municipal impugnado levou em consideração, de forma global, o movimento da cidade, em diagnóstico técnico fornecido pela Superintendência Municipal de Transportes Urbanos (SMTU), o número de linhas e as frotas municipais com itinerário parcialmente idêntico, levando em consideração o trânsito pelas principais artérias do centro da cidade, com vista ao fluxo e uso dos terminais de destino.

Dentro de matéria tão técnica e específica, insurgem-se os usuários contra os itinerários estabelecidos que, segundo alegam, não atendem aos seus interesses.

Na petição inicial, afirmam os impetrantes:

Com o objetivo de retirar do Centro da Cidade os ônibus intermunicipais que ligam os Municípios da Região Metropolitana à Cidade do Rio de Janeiro, para aliviar o tráfego, foi baixado inicialmente o Decreto n. 12.783, de 05/04/94, (...), prevendo novos itinerários para as linhas de ônibus intermunicipais, com ponto final no centro do Rio de Janeiro.
(fls. 05)

Os itinerários estabelecidos, entretanto, desatenderam aos interesses dos usuários. Daí a impetração.

Afora os interesses em conflito, cuja motivação é o conforto e a comodidade dos usuários, de um lado, e a obrigação de fazer fluir com regularidade o fluxo do tráfego no centro da cidade, do outro lado, tem-se como agressão ao ato administrativo *sub judice* eis que:

- a) cabe ao governo estadual disciplina dos transportes coletivos metropolitanos, tendo havido usurpação de atribuições; e
- b) é inconcebível que a Municipalidade não seja competente para estabelecer regras de tráfego dentro dos limites da cidade, não havendo no Decreto n. 13.499/94 nenhuma ilegalidade sob ângulo competencial.

O decreto, sob aspecto formal, não apresenta defeito algum e, sob o aspecto substancial, só houve em seu desfavor o descontentamento dos usuários das linhas de ônibus, o que é insuficiente para afirmar-se existir direito líquido e certo.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO
DE SEGURANÇA No. 11.050/RJ**

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO FRANCIULLI NETTO: Sr. Presidente, também acompanho a ilustre Ministra Eliana Calmon. Além desses argumentos, que já foram expostos tanto pela Relatora como pelo Sr. Ministro Paulo Gallotti, não me impressiona o argumento de que, provavelmente, deveria intervir o Governo do Estado por se tratar de região metropolitana. Os municípios estão reunidos em regiões metropolitanas como, por exemplo, o Município da grande São Paulo etc., mas nem por isso ou apesar disso perdem sua autonomia no que diz respeito aos assuntos de seu preponderante interesse.

Sempre me pareceu – essa questão volta e meia vem à balha no Tribunal de São Paulo, em face de atribuições do DETRAN, que é órgão estadual e com o DSV que é municipal – que a disciplina viária, propriamente dita, é de exclusiva competência do município; Hely Lopes Meirelles no seu “Direito Municipal” se aprofunda com a maestria que lhe é peculiar no assunto -: nessa matéria de sistema viário, a competência é tipicamente municipal. Se não levarmos isso às últimas consequências, provavelmente moradores de uma rua poderiam se dispor em tese contra a mudança de uma mão de direção, ou a colocação ou não de um semáforo e assim por diante. Entendo que o Governo do Estado em nada poderia interferir nesse assunto, pois as regiões metropolitanas só legislam naquilo que for de interesse comum, respeitando a autonomia de cada ente municipal, que é um ente público de terceiro grau.

Acompanho a Ministra Eliana Calmon, em suma.]

É como voto.

Ministro FRANCIULLI NETTO

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO
DE SEGURANÇA No. 11.050-RJ**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

(Presidente): -

Senhores Ministros, também acompanho a Ministra-Relatora. Não posso entender que haja direito líquido e certo dos cidadãos a interferir no plano viário da cidade, para determinar onde será da conveniência ou não desse ou daquele grupo em parar nesse ou naquele ponto. A regra da separação dos Poderes do Estado é indiscutível, e o Judiciário não pode discutir as razões de conveniência do ato administrativo que é ditado por razões de ordem técnica e política.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

SEGUNDA TURMA

Nro. Registro: 1999/0069176-8

RMS 00011050/RJ

PAUTA: 22 / 02 / 2000

JULGADO : 22/02/2000

Relator

Exmo. Sr. Min. ELIANA CALMON

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

Subprocurador-Geral da República

EXMO. SR. DR. MOACIR GUIMARÃES MORAES FILHO

Secretário (a)

SRA. DRA. BARDIA TUPY VIEIRA FONSECA

AUTUAÇÃO

RECTE:

ADVOGADO :

T.ORIGEM: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPDO: PREFEITO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

RECDO: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : MARCELO SALLES MELDES E OUTROS

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou oralmente o Dr. Spencer Daltro de Miranda Filho, pelos recorrentes.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Nancy Andrighi e Francisco Peçanha Martins.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 22 de fevereiro de 2000

SECRETÁRIO (A)

Apelação Cível
n.º 9.883/2000

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

18.ª Câmara Cível

Classe 3

Apelação Cível no. 9.883/2000

Apelante:

Apelado: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

Relator: Des. NASCIMENTO PÓVOAS

ACÓRDÃO

*INCORPORAÇÃO DO VALOR DE CARGO COMISSI-
NADO AO DOS PROVENTOS DA APOSENTADORIA.
ILEGÍTIMA SE O PRETENDENTE A ESSE ACRÉSCIMO
JÁ OBTIVERA REFERIDA INCORPORAÇÃO A SEUS
VENCIMENTOS DO CARGO EFETIVO, COMPONDO O
MONTANTE DE SEUS PROVENTOS, CUMULAÇÃO DE
ACRÉSCIMOS PECUNIÁRIOS PERCEBIDOS POR SER-
VIDOR PÚBLICO VEDADA PELA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA, AINDA ANTES DA PROMULGAÇÃO DA
EMENDA NO. 19/98, EM FACE DA IDENTIDADE DE
ORIGEM DOS MESMOS.*

Confirmação do julgado.

Vistos, relatados, e discutidos estes autos da Apelação Cível no. 9.883/2000, em que é Apelante SIDNEI FONSECA, e Apelado o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO.

ACORDA a 18.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em lhe negar provimento.

Como relatório, adota-se o já existente nos autos.

Não merece prosperar a presente irresignação recursal. A v. sentença, embora de modo sucinto, aliás como convém aos provimentos judiciais, bem apreciou a questão, dando-lhe o correto deslinde.

Com efeito, e apesar da combatividade do ora apelante, não pode prevalecer a exegese que atribui à previsão contida no art. 74, I e II da Lei Municipal no. 94/79, porque, na verdade, como bem enfocado no mencionado Parecer normativo, cujo teor está reproduzido às fls. 43/45, apesar da literalidade de indigitado dispositivo legal, não pode ser interpretado isoladamente, mas em consonância com o sistema normativo de que participa, e, pois, em harmonia com os demais artigos que compõem aquele Estatuto, e este prevê a incorporação aos vencimentos dos servidores em atividade, dos valores dos cargos comissionados por eles exercidos durante determinado tempo, e, se assim é, estabelecendo, em outro passo, que poderá compor os seus proventos de aposentadoria igual vantagem ou acréscimo pecuniário, desde que preenchidas as condições previstas para tanto, claro está que reserva esta última eventualidade para os casos daqueles que não obtiveram aludida incorporação antes de se inativarem, e, se anteriormente a Administração admitia essa anomalia, em boa ora corrigiu a interpretação errônea que dava à lei, inexistindo óbice algum a tal procedimento, que, ao contrário, merece encômios, mesmo porque a hermenêutica até então empregada estava a contrariar o bom senso, porquanto implicava em conceder ao servidor que se aposentava estipêndio superior ao que poderia obter em plena atividade funcional.

Cumprе observar que, contrariamente ao alegado, a diferença de tratamento resultante do entendimento que passou a adotar a Administração não envolve a prática de discriminação de inativos em categorias diversas, e nem mesmo o estabelecimento de desigualdades entre eles, porquanto simplesmente trata-se de interpretação de textos legais, sempre passível de alterações ao longo do tempo, e não de imposição de políticas ou medidas distintas para casos idênticos, nada podendo justificar que o administrador se aherre ao entendimento equivocado do

comando legal, se vem a concluir que a verdadeira vontade da lei é diversa daquela que supunha estava a revelar anteriormente.

Ademais, a solução alvitrada pelo ora recorrente, na verdade contraria o comando do inciso XIV do art. 37 da C.F., mesmo em sua redação anterior à Emenda no. 19/98, cuja promulgação é efetivamente posterior à sua aposentação, pois dispunha originariamente que “os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados, para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento”, vedando, assim, uma segunda incorporação do mesmo benefício à remuneração dos servidores, de nada valendo os esforços expendidos pelo apelante para demonstrar que não incide a vedação no caso em exame porque a primeira incorporação teria título e fundamento diversos, porquanto fundada em outro dispositivo legal e quando ainda no serviço ativo, uma vez que equivale isso a mero sofisma, pois ambas as incorporações cuja concessão pretende referem-se inegavelmente ao mesmo acréscimo, encontrando-se, pois, atingidas pela aludida proibição.

Tais as razões que conduzem à confirmação do douto julgado recorrido.

Rio de Janeiro, 13 de fevereiro de 2001

DES. MIGUEL PACHA

Presidente

Relator

Des. Nascimento Povoas

PARTICIPARAM TAMBÉM DO JULGAMENTO OS (AS)

DESEMBARGADORES (AS)

DES. JORGE LUIZ HABIB (Revisor)

DES. BINATO DE CASTRO (Vogal)

PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO DA JUSTIÇA

Certifico que a notícia das conclusões do acórdão de fls. 142/145 foi publicada no Diário Oficial, Parte III, do dia 02 de 03 de 2001, do que dou fé.

Em 02 de 03 de 2001.

REMESSA

Nesta data, faço remessa destes autos à DIVISÃO DE REGISTRO DE ACÓRDÃOS.

Em _____ de _____ de 2001.

Recurso Extraordinário
n.º 256.588-1 Rio de Janeiro

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECORRENTES:

ADVOGADOS:

RECORRIDO: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADOS: JOSÉ EDUARDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE E OUTROS

TAXA – LIMPEZA PÚBLICA – COLETA DE LIXO – LEI N.º 10.253/89 DO MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação a qual guardo reservas, o fato de a taxa ser calculada com base na metragem do imóvel, um dos elementos do Imposto Predial e Territorial Urbano, não implica inconstitucionalidade ante o disposto no artigo 145, § 2.º, da Constituição Federal. Precedente: Recurso Extraordinário n.º 232.393-1/SP, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, e julgado perante o Pleno em 12 de agosto de 1999.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimi-

dade de votos, em não conhecer do recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 28 de fevereiro de 2000.

NÉRI DA SILVEIRA — PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO — RELATOR

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 256.588-1 RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECORRENTES:

ADVOGADOS:

RECORRIDO: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADOS: JOSÉ EDUARDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE E OUTROS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O recurso extraordinário foi interposto, com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que implicou o reconhecimento da harmonia com a Carta Política da República da taxa de coleta de lixo e limpeza pública, já que preenchidos os requisitos da divisibilidade e especificidade, o Colegiado registrou inexistir a identidade de base de cálculo entre a referida taxa e o Imposto Predial e Territorial Urbano (folha 250 à 253).

Nas razões do recurso, articula-se com o malferimento do artigo 145, inciso II e § 2º., do Diploma Maior, insistindo-se na inconstitucionalidade da exação, seja porque não atendidos os pressupostos atinentes à divisibilidade e especificidade, seja em razão da coincidência da base de cálculo com o Imposto Predial e Territorial Urbano (folha 280 à 290).

O Município apresentou as contra-razões de folha 369 à 375, ressaltando a constitucionalidade da taxa em exame.

O Juízo primeiro de admissibilidade teve por não configurada a ofensa à Constituição, decorrendo o processamento do recurso do provimento dado a agravo, quando consignei:

Salta aos olhos a relevância da articulação dos Agravantes. O pragmatismo, a procura por recursos não se sobrepõem à necessidade de a taxa, considerado um certo serviço, ter correspondência com o respectivo custo. Ora, área, em si, de imóvel não serve à definição exigida pela Constituição Federal. Na espécie, nota-se, ao menos, a contrariedade aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

É o relatório.

RE 256.588-1

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste recurso foram observados os pressupostos gerais da recorribilidade. Os documentos de folhas 13, 14, 291 e 292 evidenciam a regularidade da representação processual e do preparo. Quanto à oportunidade, a decisão atacada restou veiculada no Diário de 21 de dezembro de 1995, quinta-feira (folha 255), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 5 de janeiro imediato, sexta-feira (folha 280) e, portanto, no prazo assinado em lei.

Resta o exame do específico, que é a ofensa à Constituição. Em 12 de agosto de 1999, foi encerrado, no âmbito do Pleno, o julgamento do Recurso Extraordinário no. 232.393-1/SP, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, versando sobre matéria idêntica a envolver o Município de São Carlos. Na ocasião, defendi a inconstitucionalidade da taxa de coleta de lixo instituída. Todavia, fui voz isolada, tendo o Colegiado Maior concluído pela harmonia da exação prevista na lei local no. 10.253/89 com o Diploma Maior, uma vez que o fato de a respectiva alíquota variar em função da metragem do imóvel (fator que constitui um dos elementos que integram a base de cálculo do Imposto Predial e Territorial Urbano), não implica identidade com a base de cálculo do tributo. Afastou assim a indicada violência ao artigo 145, § 2º., da Constituição Federal. Eis como a matéria ficou sintetizada:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE COLETA DE LIXO, BASE DE CÁLCULO. IPTU. MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS, S.P.

I – O fato de um dos elementos utilizados na fixação da base de cálculo do IPTU – a metragem da área constituída do imóvel – que é o valor do imóvel (CTN, art. 33), ser tomado em linha de conta na determinação da alíquota da taxa de coleta de lixo, não quer dizer que teria essa taxa base de cálculo igual à do IPTU; o custo do serviço constitui a base impositiva da taxa. Todavia, para o fim de aferir, em cada caso concreto, a alíquota, utiliza-se a metragem da área construída do imóvel, certo que a alíquota não se confunde com a base impositiva do tributo. Tem-se, com isto, também, forma de realização da isonomia tributária e do princípio da capacidade contributiva: C.F., artigos 150, II, 145, § 1º.

II – R.E. não conhecido.

Destarte, ressaltando o ponto de vista pessoal, curvo-me ao entendimento da maioria e não conheço do recurso.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO No. 256.588-1

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECORRENTES:

ADVOGADOS:

RECORRIDO: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADOS: JOSÉ EDUARDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE E OUTROS

Decisão: Por unanimidade, a Turma não conheceu do recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, 2.^a Turma, 29.02.2000.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto.
Carlos Alberto Cantanhede

Coordenador

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 09.11.2001

EMENTÁRIO no. 2 0 5 1 – 5

09/10/2001 — SEGUNDA TURMA

EDCL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 256.588-1 RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. CARLOS VELLOSO

EMBARGANTES:

ADVOGADOS:

EMBARGADO: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADOS: JOSÉ EDUARDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE COLETA DE LIXO. CF, art. 145, II.

I. Taxa de Coleta de Lixo: especificidade e divisibilidade do serviço. Cf, art. 145, II : incoerência de ofensa.

II. Embargos de declaração acolhidos para o fim de suprir omissão, mantido o acórdão embargado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, receber os embargos de declaração para suprir omissão, sem efeitos modificativos. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Maurício Corrêa.

Brasília, 09 de outubro de 2001.

NÉRI DA SILVEIRA

PRESIDENTE

CARLOS VELLOSO

RELATOR

EDCL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 256.588-1 RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. CARLOS VELLOSO

EMBARGANTES:

ADVOGADOS:

EMBARGADO: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADOS: JOSÉ EDUARDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE E OUTROS

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - Trata-se de **embargos de declaração** opostos por ***** de acórdão assim ementado:

“TAXA – LIMPEZA PÚBLICA – COLETA DE LIXO – LEI N. 10.253/89 DO MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reservas, o fato de a taxa ser calculada com base na metragem do imóvel, um dos elementos do Imposto Predial e Territorial Urbano, não implica inconstitucionalidade ante o disposto no artigo 145, § 2º., da Constituição Federal. Precedente: Recurso Extraordinário no. 232.393-1/SP, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, e julgado perante o ple- no em 12 de agosto de 1999.” (fls. 512).

Alegam os **embargantes**, em síntese, que o julgado foi omissivo em relação *“ao outro fundamento que ensejou o presente recurso, a violação ao inciso II do mesmo art. 145 da Constituição Federal, segundo o qual a cobrança de taxa tem de estar vinculada a prestação de um serviço público específico e divisível”*. (fls. 516).

Os recorrentes, pedem, ao final, o suprimento da omissão apontada.

Instado a se manifestar, o embargado, **Município do Rio de Janeiro**, sustenta, **preliminarmente**, o **não cabimento** dos embargos dado que eles almejam conferir efeito modificativo ao recurso interposto, o que configura eficácia *contra legem*, vale dizer, não permitida nos ter-

mos do art. 523 do C.P.C.; **no mérito**, pede a **rejeição** dos embargos, tendo em vista que os serviços de limpeza são específicos e divisíveis porque cada um dos proprietários dos imóveis situados na rua onde estes serviços são prestados deles se beneficiam e têm de dar a contrapartida e arcar com o pagamento correspondente a estes serviços prestados e postos à disposição.

É o relatório.

EDCL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 256.588-1 RIO DE JANEIRO

V O T O

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO (Relator) : - O acórdão, que julgou a apelação interposta por ***** , afastou a taxa de iluminação pública. Quanto à taxa de coleta de lixo, entendeu-a devida (fls. 250/254). Houve voto vencido relativamente à taxa de iluminação pública (fls. 254). Daí os embargos infringentes do Município do Rio de Janeiro (fls. 256/265).

***** interpueram recurso extraordinário (fls. 280/290), ao qual foi negado provimento.

Vêm, agora, com os presentes embargos de declaração, sustentando que o acórdão omitiu-se relativamente à questão do art. 145, II, da Constituição Federal.

A matéria, entretanto, não oferece dificuldade. É que o acórdão reconheceu a especificidade e divisibilidade do serviço que constitui a hipótese de incidência da taxa de coleta de lixo. Es

“(…)

Quanto à Taxa de Coleta de Lixo e Limpeza Pública, razão assiste à decisão exarada, visto que nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade pode estar assentada na vontade tributária municipal, com relação à regularidade de sua cobrança.

Assim é que, patente o fato gerador e verificada a possibilidade de sua especificidade e divisibilidade, tem-se por regular a vontade defluída do Poder Público em ver satisfeita, por via da Taxa, os serviços prestados ou postos à disposição da individualidade e da coletividade na especialidade da coleta do lixo domiciliar, varrição, lavagem e capinação de vias e logradouros públicos, limpeza de praias, túneis, córregos, valas, galerias pluviais, bueiros e caixas de ralos e assistência sanitária.

*A coleta do lixo domiciliar, por si só, justifica a utilização do serviço e a contraprestação do contribuinte, de forma a atender ao caráter **ut singuli** do tributo consignado no art. 103 do Código Tributário do Município do Rio de Janeiro e que tem sua cobrança definida a teor de disposto dos arts. 107 e 108, do diploma legal referido.*

(...)” (fls. 252)

Tratando-se de taxa de coleta de lixo – coleta de lixo domiciliar – é patente a especificidade e a divisibilidade do serviço prestado ao contribuinte. No caso, com base na matéria fática, decidiram as instâncias ordinárias no sentido acima indicado.

Do exposto, acolho os embargos para suprir a omissão para esclarecer a inocorrência de ofensa ao art. 145, II, da CF, mantido, portanto, o acórdão embargado.

EXTRATO DE ATA

EDCL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 256.588-1

PROCED: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. CARLOS VELLOSO

EMBTES.: *****

ADVDS.:

EMBDOS.: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADVDS.: JOSÉ EDUARDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE E OUTROS

Decisão: Por unanimidade, a Turma recebeu os embargos de declaração para suprir omissão, sem efeitos modificativos. Ausente,

justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Maurício Corrêa.
2ª. Turma, 09.10.2001.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Carlos Velloso e Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Ribeiro de Bonis.

Antonio Neto Brasil

Coordenador

Agravo de Instrumento
n.º 2001.002.07722

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
AGRAVO DE INSTRUMENTO 2001.002.07722
RELATORA: DES. MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE
FIGUEIREDO

AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Decisão que deferiu liminar para determinar ao Município de se abster de aplicar sanção pela falta de vistoria que decorra da ausência de apólice de seguro de coletivos da concessionária, bem como liberar os veículos que tiveram suas roletas lacradas pelo mesmo motivo.

Recurso a que se conhece e dá provimento.

É legítimo o Município para agravar de decisão em mandado de segurança contra diretor da SMTU, pois é ele o titular do serviço de transporte, além de estar-se discutindo seu poder de polícia.

Exigência do Município de seguro contra terceiros, ao vistoriar os ônibus das permissionárias de transporte urbano. Interesse público presente. Asseguramento de indenização por possíveis danos.

Vistos, decididos e relatados estes autos de **agravo de instrumento no. : 2001.002.07722**, em que é agravante o **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO** e agravado *****

Acordam os **Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, por unanimidade de votos, em **dar provimento ao agravo de instrumento**.

Trata-se de **agravo de instrumento** interposto pelo **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO** contra a decisão do Juízo de Direito da 10.^a Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital que, deferiu liminar para determinar ao Município de se abster de aplicar sanção pela falta de vistoria que decorra da ausência de apólice de seguro de coletivos da concessionária, bem como liberar os veículos que tiveram suas roletas lacradas pelo mesmo motivo, havendo requerimento de efeito suspensivo.

Argumenta o agravante que a) o juízo, ao proferir tal decisão, está se imiscuindo no mérito administrativo, impedindo a Administração Pública de exercer seu poder de polícia; b) houve sentença de improcedência em mandado de segurança coletivo da qual a agravada é parte; c) é ilegítima para figurar no pólo passivo, vez que a portaria que fez a exigência atacada judicialmente é mera repetição da lei 775/1953 e dos decretos municipais 13965/1958 e 10842/1992; d) operou-se a decadência para a utilização do *mandamus*, já que os atos verdadeiramente atacados datam de 1953, 1958 e 1992; e) por ser titular do serviço público de transporte coletivo, ao Município cabe estabelecer as condições para sua execução, tais como a existência de seguro, a fim de se garantir a reparação de danos causados a terceiro pelo permissionário; f) a vistoria realizada pelo DETRAN não se confunde com a efetivada pela Superintendência de Transportes Urbanos do Município.

Ofício do juízo *a quo*, às fls. 106, prestando suas informações e informando o cumprimento do disposto no artigo 526 do Código de Processo Civil.

Contra-razões às fls. 108-1199, na qual a agravada suscita a ilegitimidade do Município do Rio de Janeiro para interpor o agravo de instrumento, vez que o mandado de segurança onde foi proferida a decisão atacada volta-se contra portaria editada pelo diretor da SMTU, autarquia municipal, pessoa jurídica de direito público. Sustenta não ter havido decadência, pois a “writ” impugna portaria datada de 23/01/2001, sendo certo que a dos anos anteriores teriam sido revogadas. No mérito, argumenta carecer de base legal a portaria, pois editada com fundamento em decreto (“E” 13965/1958) que regulamentou a lei 775/1953, que seria inconstitucional.

Parecer do Ministério Público, às fls. 121-124, manifestando-se pelo conhecimento e provimento do agravo de instrumento.

Decisão às fls. 125, deferindo o requerimento de efeito suspensivo.

O recurso é tempestivo, sendo o agravante isento do recolhimento de custas.

É O RELATÓRIO.

Primeiramente, deve ser afastada a alegação de ilegitimidade do agravante. Sendo o Município do Rio de Janeiro o titular do serviço de transporte público municipal, cabendo, portanto, a ele delegar ou permitir que particulares explorem tal serviço, é patente sua legitimidade para recorrer de decisões em feitos onde se discutem as condições impostas pela Administração para a execução do serviço permitido bem como a legalidade do exercício de seu poder de polícia.

Esclareça-se que as alegações de coisa julgada, decadência e ilegitimidade passiva no mandado de segurança, trazidas pelo agravante, não podem ser examinadas no presente agravo de instrumento, sob pena de se suprimir um grau de jurisdição, vez que não foram objeto de apreciação pelo juízo *a quo*.

No mérito, merece acolhimento o recurso.

O Município do Rio de Janeiro é o titular do serviço de transporte municipal, por tratar-se de serviço de interesse local. Em o sendo, lhe é lícito impor condições para a execução do serviço público por particulares, fiscalizando seu cumprimento. Certo é que tais condições não podem fugir da razoabilidade, mas a exigência de contratação de seguro não se apresenta descabida, visto que se coaduna com o interesse público, vez que tem por finalidade assegurar a reparação de danos que porventura sejam causados a terceiros, na execução do serviço público.

Nestes termos, **dá-se provimento ao agravo.**

Rio de Janeiro, 9 de outubro de 2001.

DESEMBARGADOR PRESIDENTE

Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

DESEMBARGADORA RELATORA

CERTIDÃO, PUBLICAÇÃO E ACÓRDÃO

PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL – PARTE III

Certifico que as conclusões do acórdão de fls. 127/130 foram publicadas no DIÁRIO OFICIAL – PARTE III página 37 de 12 de 2001 de 2ª feira.

Rio, 12 de outubro de 2001

Secretário

Feito n.º 2001.001.017263-5

SENTENÇA

***** impetra Mandado de Segurança contra ato do Diretor do Departamento de Fiscalização e Vistoria da Superintendência de Transportes Urbanos do Município do Rio de Janeiro, alegando como causa de pedir a prestação jurisdicional, que foi editada pela autoridade impetrada da Portaria no. SMTU 04 de janeiro de 2001, a qual exigiu da impetrante, na qualidade de permissionária, a realização de contrato de seguro para terceiros, sob pena de não poder realizar a vistoria; que a portaria é ilegal, uma vez que a lei não prevê tal exigência, salvo em relação ao seguro obrigatório; que a Lei 775, de 27 de agosto de 1953, não pode servir de esteio, já que ela foi editada quando em vigor a Constituição de 1946, época em que a Lei Fundamental não legislativa para o Distrito Federal, o que ocorreu a partir da Constituição de 1967 e como se verifica do disposto no art. 26 da Carta Magna de 46, já que segundo esta norma, a Câmara do Distrito Federal tinha funções legislativas, tendo a lei acima mencionada caráter municipal, a qual não foi recepcionada pela Carta de 67, pois, a partir de então, a União passou a legislar para o Distrito Federal; que em razão disso a Lei 775/53 está revogada pela Constituição de 67 e não foi reprimada pela Constituição de 1988, pois manteve o mesmo sistema; que além disso compete à União legislar sobre direito civil e seguro e no regime de 1946, havia competência supletiva

estadual; que a única exigência legal refere-se ao seguro obrigatório, consoante o art. 20 do Decreto-lei no. 73/66; que as leis de concessões e de licitações também não estabeleceram esta exigência; que Lei Complementar Municipal no. 37/898, editada em razão do art. 1.º, par. Único da Lei de Concessões (Lei Federal no. 8987/95) também não faz tal exigência; que além disso, a portaria afeta a equação econômica do contrato. Pede a anulação da portaria na parte que exige seguro contra terceiros.

Deferida a liminar, foram prestadas as informações. Foi revogada a liminar, consoante a decisão de fls. 195, a qual foi restabelecida por efeito suspensivo atribuído a Agravo de Instrumento interposto pela impetrante.

O Município do Rio de Janeiro impugnou a pretensão. Aduziu como defesa processual a ilegitimidade de parte, já que a portaria se funda em decreto do Chefe do Poder Executivo. No mérito, aduziu a objeção de decadência, já que impugna a Lei 775/53, o Decreto Municipal 13965/58 e o Decreto Municipal 10842/92; que existe amparo legal para a exigência.

O Ministério Público opinou pela improcedência do pedido.

É o relatório.

Inicialmente, deve ser examinada a preliminar de ilegitimidade de parte, por errada indicação da autoridade coatora.

Não obstante tratar-se de matéria polêmica, considero mais abalizado o entendimento do Prof. Celso Barbi, segundo o qual o legitimado passivo no *mandamus* não é a autoridade impetrada, mas o ente público, ao qual ela pertence e isto porque, nesta qualidade, o agente público não dispõe de personalidade jurídica. Como o ente é o mesmo, isto é, o Município, não há que se cogitar de ilegitimidade.

Poderia, sim, alterar a competência deste juízo, visto que, segundo o Município, o ato teria sido praticado pelo Prefeito, hipótese em que a competência é originariamente do Tribunal de Justiça.

Ocorre que o Decreto 10842/92 não exige o seguro de terceiro, para o efeito da vistoria, mas a portaria indicada na inicial, este é o ato impugnado. O que se pretende é a realização da vistoria sem atender a exigência, razão porque inexistente ilegitimidade passiva e a indicação da autoridade coatora está correta.

Pela mesma razão, isto é, a portaria é o ato alvejado, não há decadência, visto que não superado o prazo de 120 dias, já que ela foi editada em janeiro deste ano e a impetração da ordem se deu em fevereiro de 2001.

Quanto ao restante do mérito, devem ser destacados os pontos da impetração:

- o a lei 775/53 tem âmbito municipal e não foi recepcionada;
- o a matéria versa sobre seguro e direito civil, competência legislativa da União;
- o o único seguro obrigatório é o de danos pessoas estabelecido pelo Dec.-lei 73/66;
- o que as leis federais de licitações e de concessões não fazem esta exigência, como também a lei municipal, que dispõe sobre concessões;
- o que a equação econômico-financeira do contrato administrativo será afetada.

Convém que se inicie o exame destas cinco questões pela última.

Com efeito, a verificação de desequilíbrio contratual não poderá ser examinada nesta sede, visto que a matéria exige dilação probatória, o que é incompatível com o rito conciso do mandado de segurança.

Deve, desde já, ser ressaltado que a portaria não legislou sobre seguro de terceiro. Ele já existe. Não foi a portaria, que lhe deu vida jurídica. Assim, não é de ser admitida a assertiva de que a autoridade municipal legislou sobre direito civil.

A matéria, indubitavelmente, versa sobre a exigência do seguro.

É irrelevante a verificação quanto à recepção da Lei 775/53.

Com efeito, de acordo com o art. 30, inciso V da Lei Fundamental, é da competência do Município organizar os serviços concedidos e permitidos, inclusive, os que se referem ao transporte coletivo.

O art. 31 da Lei Federal no. 8987/95, o qual dispõe sobre os encargos da concessionária, estabelece, dentre eles, no inciso VII, que os bens vinculados à concessão devem ser **segurados adequadamente**.

Regulamentando tal norma, o Decreto Federal n. 2521/98 estabeleceu em seu art. 20, inciso XV, que constitui cláusula essencial dos contratos de adesão a relativa à “obrigatoriedade de a permissionária garantir a seus usuários contrato de seguro de responsabilidade civil, sem prejuízo da cobertura do seguro obrigatório de danos pessoais, a que se refere a Lei no. 6194/74”.

Dentro de um sistema normativo piramidal e kelseniano, o art. 4º do decreto municipal 10842/92 também alude ao seguro de terceiro.

Verifica-se, pois, que há fundamento legal para a edição da portaria.

Ademais, foi ela editada em janeiro deste ano, não sendo, pois, expedida de inopino, já que bem antes da realização da vistoria anual.

Cumprido o preceito constitucional do princípio da legalidade, a forma da execução do serviço concedido configura mérito administrativo e a intervenção do Poder Judiciário, aí sim, constituiria afronta ao princípio da separação dos poderes, garantido pelo art. 2º da Constituição da República.

Ademais, a exigência não é absurda e guarda consonância com o princípio da proporcionalidade, como se demonstrará.

Com efeito, é fato público e notório que as empresas de transporte coletivo de passageiros têm um lucro extraordinário com a tarifa que cobram dos usuários.

Ressalte-se que a tarifa é paga a vista e em dinheiro pelo usuário. Logo, merece este uma contraprestação.

E se houver desequilíbrio contratual, poderá o impetrante postular a revisão tarifária, o que será examinado pela autoridade administrativa.

Acrescente-se que o seguro de terceiro não onera a impetrante, já que em caso de acidente a seguradora responderá por parte considerável com a indenização, devendo ser salientado não ser incomum a ocorrência de acidentes envolvendo empresas como a impetrante, decorrente do risco do negócio e cuja responsabilidade é sempre por ela suportada, ainda que decorrente de fato de terceiro, face à cláusula de incolumidade.

Isto mostra a perfeita proporcionalidade do ato administrativo, que concilia os interesses do fornecedor dos serviços e do usuário.

Verifica-se, então, que o ato se funda em diploma legal, editado pelo Poder Legislativo e regulamentado, sem excessos, pelo Poder Executivo, respeitando, portanto, o princípio da liberdade e da reserva legal, além de observar o princípio da proporcionalidade.

Ante o exposto, **julgo improcedente o pedido**, para denegar a ordem. Custas pela impetrante.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 4 de abril de 2001

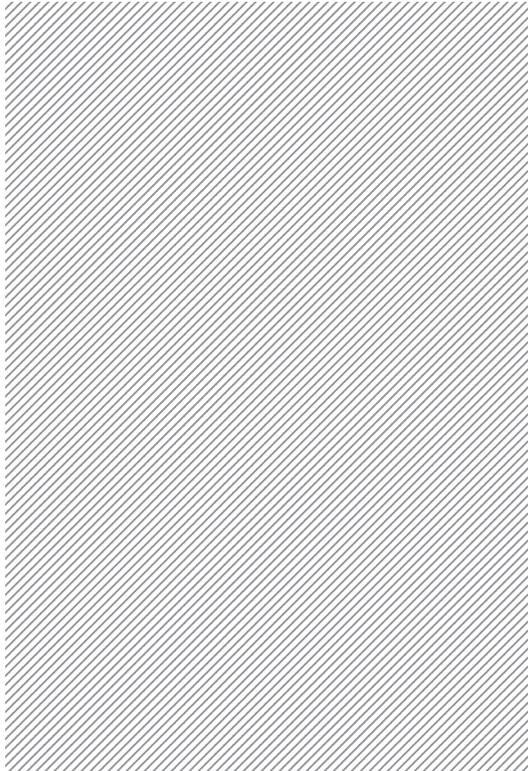
CARLOS EDUARDO DA ROSA DA FONSECA PASSOS

Juiz de Direito

1.^a Vara da Fazenda Pública



Recursos



Recurso Extraordinário *n.º 233.120-9 – Rio de Janeiro*

RELATOR: MIN. NÉRI DA SILVEIRA

RECORRENTE: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO: FABIANI LI RIZZATO DE ALMEIDA

RECORRIDA:

ADVOGADOS:

DESPACHO: Vistos. Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Município do Rio de Janeiro, com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela 2ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça que julgou ilegítima a cobrança da Taxa de Licença e Localização de Estabelecimento instituída pela Lei Municipal no. 691/84.

2. Em suas razões, sustenta o recorrente que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 145, II, da Carta Magna. Alega, ainda, que “*o órgão a quo, sob o argumento de que enquanto “não for revisada a Súmula no. 157 do Superior Tribunal de Justiça, a Turma está obrigada a aplicar-lhe o enunciado ...” injustamente deu provimento ao recurso especial do contribuinte para acolher sua do pagamento da taxa sob a falha e incorreta alegação de que a fiscalização não é efetiva.*

3. O Supremo Tribunal Federal tem admitido a constitucionalidade da taxa de renovação anual de licença para localização, instalação e funcionamento de estabelecimentos comerciais e similares, desde que haja órgão administrativo que exerce o poder de polícia do Município

e que a base de cálculo não seja vedada. (RE 115.213-SP, DJ 06.09.91, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, RE 195.788-SP, DJ 04.06.96, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI)

No caso vertente, consta expressamente do acórdão a existência de tal contraprestação de serviços. É ler-se o seguinte trecho (fls. 273):

“O acórdão recorrido está fundado em um pressuposto de fato: o de que no Município do Rio de Janeiro, a Taxa de Renovação de Alvará de Funcionamento constitui contraprestação de serviços executados pelo Poder Público.”

Assim sendo, mostra-se legítima a cobrança da taxa de renovação de licença.

4. Isto posto, com base no § 1.º-A, do art. 557, da Lei no. 5.869, na redação dada pela Lei no. 9.756, de 17 de dezembro de 1998, conhecimento do recurso e lhe dou provimento, para reformar o acórdão recorrido, nos termos supra.

Publique-se.

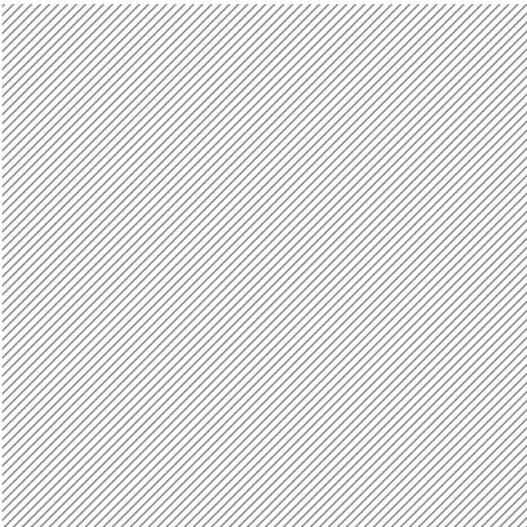
Brasília, 03 de dezembro de 1999.

Ministro Néri da Silveira

Relator



*Provas do VI
Concurso para
Procurador do
Município*



*Provas do VI Concurso
para Procurador do Município
do Rio de Janeiro*

**PROVA ESCRITA PRELIMINAR
ELIMINATÓRIA (12/08/2001)**

DIREITO ADMINISTRATIVO

1.^a QUESTÃO: (30 pontos)

As concessionárias de serviços públicos por delegação contratual integram a Administração Pública?

2.^a QUESTÃO: (40 pontos)

É exigível prévio procedimento de licitação para que o Município do Rio de Janeiro possa outorgar a um particular a permissão de uso privativo de bem público municipal? Justifique a resposta, apontando os dispositivos legais e constitucionais pertinentes.

3.^a QUESTÃO: (30 pontos)

O projeto de lei orçamentária anual do Município “X” foi rejeitado pela Câmara de Vereadores. O Prefeito do Município indaga à sua Procuradoria se, diante desse fato, poderia lançar mão do orçamento referente ao exercício anterior, para possibilitar a utilização de recursos que não tenham despesas correspondentes. Como Procurador(a) do Município em questão, qual a orientação que você daria ao Prefeito?

DIREITO CIVIL E COMERCIAL

1.ª QUESTÃO: (30 pontos)

Discorra sobre os principais aspectos pertinentes à capacidade e à legitimação para celebrar negócios jurídicos e estabeleça a distinção entre ambas.

2.ª QUESTÃO: (30 pontos)

Distinga sociedade civil de sociedade comercial.

3.ª QUESTÃO: (40 pontos)

Tício, motorista de táxi autônomo, viajava em um ônibus da empresa “Viaje Bem”, concessionária do Município do Rio de Janeiro, quando o ônibus, trafegando em via municipal com velocidade acima da permitida, cai em um buraco e vem a se chocar com um poste. Tício fica um mês internado em um hospital e perde uma perna no acidente. Tício propõe ação de indenização contra a empresa de ônibus e contra o Município. Quais seriam os possíveis fundamentos do pedido inicial e qual seria a sua defesa como Procurador do Município.

DIREITO CONSTITUCIONAL

1.ª QUESTÃO: (50 pontos)

Apreensivo com os efeitos do processo inflacionário, sanciona o Prefeito do Município “X” projeto de lei – de sua iniciativa – introduzindo reajuste semestral e automático dos valores de vencimentos e proventos do funcionalismo, com base na variação de índice federal.

O mecanismo de reajuste revela-se inexecutável, em virtude da insuficiente arrecadação.

O sucessor na Chefia do Poder Executivo determina o não-pagamento dos reajustes previstos na legislação. Após dois anos, o Prefeito sanciona lei revogando o diploma anterior.

Servidor estatutário, alegando direito adquirido aos reajustes, enquanto vigente a legislação revogada, ajuíza ação ordinária, requerendo correção nos vencimentos e atrasados.

Comente objetivamente:

- A) a decisão do Chefe do Executivo de não cumprir a lei, independentemente do ingresso em juízo, impugnando sua inconstitucionalidade;
- B) os argumentos, de sede constitucional, que devem ser apresentados na contestação.

2.^a QUESTÃO: (50 pontos)

Vereador eleito por partido de oposição, em declaração prestada a jornal local de grande circulação, fez graves acusações ao Prefeito Municipal, sem apresentar qualquer prova. Indignado, o Chefe do Executivo cogita de duas possibilidades:

- A) a instauração, pelo Ministério Público, de ação penal contra o parlamentar, por crime contra a honra, sendo certo que o ato ofensivo foi praticado fora da Tribuna da Câmara Municipal;
- B) a propositura de ação civil de reparação por danos morais.

Manifeste, objetivamente, sua opinião sobre ambas as hipóteses.

DIREITO TRIBUTÁRIO

1.^a QUESTÃO: (50 pontos)

A Secretaria Municipal de Fazenda do Rio de Janeiro enviou carnê de cobrança do IPTU/95 a determinado contribuinte, que o recebeu em 12 de fevereiro de 1995. Em 15 de junho de 1999, verificando a inadimplência do contribuinte, o órgão encarregado da administração do imposto reiterou a cobrança administrativa. Em 10 de julho de 2000, o juiz determinou a citação na execução fiscal proposta pelo Município do Rio de Janeiro, tendo o contribuinte ingressado em juízo contra a exigência com a alegação de prescrição, uma vez decorridos mais de 5 anos da constituição do crédito tributário. Comente os aspectos envolvidos na questão.

2.^a QUESTÃO: (50 pontos)

Qual a eficácia de um tratado internacional, já incorporado ao direito pátrio, que concede isenção do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN)?

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

1.ª QUESTÃO: (30 pontos)

Comente os seguintes aspectos relativos à atuação do Município em juízo, justificando sua resposta com a indicação dos dispositivos legais pertinentes:

- A) prazo para contestar a ação ordinária, prazo para recorrer da sentença e conseqüências processuais da perda de tais prazos;
- B) possibilidade de ser ampliada a condenação imposta ao Município em reexame necessário;
- C) possibilidade de penhora de bens do Município no processo de execução.

2.ª QUESTÃO: (30 pontos)

A quem cabe, nas ações declaratórias negativas de crédito tributário, o ônus da prova da inoccorrência do fato gerador? Indique o(s) dispositivo(s) pertinente(s) do CPC.

3.ª QUESTÃO: (40 pontos)

Estabeleça os traços distintivos entre a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança e o mandado de segurança coletivo como meios de impugnação de atos praticados pela autoridade pública.

DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

Responda, **justificadamente**, as questões abaixo:

1.ª QUESTÃO: (40 pontos)

Em virtude de lei municipal, foi ampliado o perímetro de proteção ambiental de determinado Município. Uma empresa de produtos químicos passou a estar situada no novo perímetro de proteção ambiental. Por essa razão, suas atividades foram encerradas, com a conseqüente dispensa coletiva dos empregados. Um grupo de trabalhadores ajuizou reclamação trabalhista pleiteando salários retidos, adicional de insalubridade, horas extras

e verbas vinculadas à extinção do contrato. O Município poderá ser responsabilizado pelo pagamento das parcelas reclamadas?

2.^a QUESTÃO: (30 pontos)

O fato, por si só, de servidor do Município do Rio de Janeiro ter sido contratado após a Constituição Federal de 1988, mediante aprovação em concurso público, confere-lhe estabilidade no emprego público que ocupa?

3.^a QUESTÃO: (30 pontos)

Determinada Autarquia Municipal foi condenada pelo Juízo da 41.^a Vara do Trabalho ao pagamento de verbas indenizatórias relativas a ex-servidores.

Não houve recurso. Transcorrido o prazo legal, o Juiz, a requerimento dos reclamantes, expediu mandado de citação à Autarquia na forma do artigo 880 da CLT, para pagamento em 48 horas ou garantia da execução, sob pena de penhora. Na condição de Procurador do Município do Rio de Janeiro, que medida processual adotaria e sob que argumentos?

PROVA ESPECÍFICA DE DIREITO ADMINISTRATIVO (20/10/2001)

(ATENÇÃO: O candidato deverá utilizar cada folha do caderno de resposta para responder uma única questão, devendo indicar, em cada folha, o número da questão respondida. O verso de cada folha só deverá ser utilizado para continuação da resposta iniciada no anverso. Prova com 6 questões dissertativas)

1.^a QUESTÃO: (25 pontos)

Disserte sobre a antijuricidade do comportamento administrativo para o fim de responsabilização civil de autarquia por dano a terceiro, na hipótese de ausência de conduta comissiva de agente da pessoa jurídica.

2.^a QUESTÃO: (15 pontos)

O Município “X” deferiu licença para que CAIO construísse prédio comercial em imóvel de sua propriedade. Antes de iniciada a obra, a municipalidade desfez o ato com o fundamento de que este contrari-

ava o interesse público, por se tratar de prédio comercial em área exclusivamente residencial. Irresignado, CAIO ajuizou demanda judicial para atacar o ato de desfazimento, sustentando direito adquirido e o caráter definitivo das licenças, além de postular, alternativamente, indenização. Comente sobre a argumentação de CAIO e os atos praticados pela municipalidade.

3.ª QUESTÃO: (15 pontos)

O Município do Rio de Janeiro decide implantar plano de renovação urbanística de bairro degradado da cidade, o que exigirá a desapropriação, para fins de utilidade pública, de diversos imóveis, havendo, entre eles, um bem dominical pertencente a empresa pública estadual prestadora de serviço público, e outro registrado em nome de José da Silva, foreiro à União Federal. São viáveis as desapropriações dos indigitados imóveis? Justifique.

4.ª QUESTÃO: (15 pontos)

Explícite a polêmica envolvendo a disciplina jurídica das licitações promovidas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista enquanto não for editada a lei a que se refere o art. 173, § 1.º, da Constituição Federal.

5.ª QUESTÃO: (15 pontos)

Esclareça o tratamento que a Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece para a terceirização na Administração Pública, quanto a serviços, mão-de-obra e classificação da despesa.

6.ª QUESTÃO: (15 pontos)

Um determinado Município apresentou ao Tribunal de Contas, para registro, ato de aposentadoria por tempo de serviço de servidor não efetivo, exclusivamente ocupante de cargo em comissão. Para completar o requisito temporal constitucionalmente exigido, o servidor havia averbado tempo de serviço prestado à iniciativa privada, bem como, em dobro, período vencido e não gozado de férias, relativamente ao exercício de 2000.

O Tribunal de Contas recusou o registro, determinando ao Município a anulação do ato e ao beneficiário a devolução do que recebeu a título de proventos.

Sob a perspectiva do Tribunal de Contas:

- A) ocupante exclusivamente de cargo em comissão não se pode aposentar pelos cofres municipais;
- B) ainda que isso fosse possível, restou desatendido o requisito temporal para a concessão de aposentadoria, uma vez que não é mais possível a contagem em dobro do período não gozado de férias para o efeito de aposentadoria.

Como Procurador do Município em questão, analise a decisão do Tribunal de Contas.

PROVA ESPECÍFICA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL (27/10/2001)

(**ATENÇÃO:** O candidato deverá utilizar cada folha do caderno de resposta para responder uma única questão, devendo indicar, em cada folha, o número da questão respondida. O verso de cada folha só deverá ser utilizado para continuação da resposta iniciada no anverso. Prova com 6 questões dissertativas)

1.ª QUESTÃO: (15 pontos)

À luz do disposto no art. 34 da Lei 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), é cabível a impetração de mandado de segurança, a interposição de recursos extraordinário e especial e a propositura de ação rescisória contra sentença de primeira instância em causas de alçada? Fundamente.

2.ª QUESTÃO: (15 pontos)

Fulano, por escritura pública, confessou dever determinada quantia a Beltrano, hipotecando imóvel seu em garantia da dívida.

Como a dívida venceu sem que houvesse pagamento, Beltrano ajuizou ação de execução, que teve a seguinte movimentação:

02 de julho – ajuizamento da ação.

05 de julho – despacho determinando a citação do executado.

16 de julho – citação do executado.

17 de julho – executado requer expedição de guia para depósi-

to integral do débito, inclusive custas e honorários, para garantia do juízo.

18 de julho – o depósito é realizado, após o seu deferimento e expedição de guia.

31 de julho – o executado junta a guia paga aos autos.

Tendo em vista que nada mais ocorreu a partir de 31 de julho,

PERGUNTA-SE:

A) Tem direito, o exequente, em 27 de agosto do mesmo ano, de levantar, a título de pagamento, o montante correspondente ao seu crédito, sendo apropriado que peticione nesse sentido? – Fundamente.

B) Se o exequente fosse o Município do Rio de Janeiro e a dívida fosse tributária, não existindo a hipoteca, sua resposta seria diferente? – Fundamente.

3.ª QUESTÃO: (15 pontos)

Em que consistem as defesas de “ausência de pertinência temática” e “inocuidade da ação” nas ações direta e de representação por inconstitucionalidade.

4.ª QUESTÃO: (15 pontos)

O Ministério Público Federal propôs, perante uma das Varas da Justiça Federal desta Cidade, ação civil pública objetivando prevenir possíveis danos de conotação turística e paisagística prejudiciais a comerciantes em determinado bairro, incluído em projeto de construção de anel viário. O Juiz Federal, a quem coube o processo por distribuição, deferiu a liminar, determinando a suspensão da obra. Comente os aspectos processuais suscetíveis em defesa do Município, abordando as questões de legitimidade e competência. (Não é necessária a elaboração de petições.)

5.ª QUESTÃO: (15 pontos)

Qual a natureza jurídica da tutela liminar prevista no § 3.º do artigo 461 do Código de Processo Civil? Justifique, abordando as eventuais semelhanças e diferenças com as decisões proferidas em forma de antecipação de tutela ou cautelar inominada.

6.^a QUESTÃO: (25 pontos)

A inicial pediu a condenação do réu ao pagamento de uma quantia, pelos fundamentos 1 e 2. Pediu também a anulação de um contrato, celebrado entre as partes, pelos fundamentos 3 e 4.

A sentença acolheu o pedido de pagamento só pelo fundamento 1, silenciando quanto ao 2. A sentença acolheu também o pedido de anulação do contrato, por seus dois fundamentos (3 e 4).

O réu apelou somente do capítulo da sentença que anulou o contrato.

Pode o tribunal, julgando a apelação, confirmar a sentença, quanto ao pedido de condenação de pagamento, pelo fundamento 2, declarando improcedente o fundamento 1?

Pode o tribunal negar provimento à apelação interposta pelo réu e relativa à anulação do contrato, declarando improcedentes os dois fundamentos do pedido, mas afirmando a existência de uma nulidade absoluta, da qual não cogitaram, nem as partes nem a sentença?

**PROVA ESPECÍFICA DE DIREITO
CONSTITUCIONAL (10/11/2001)**

(ATENÇÃO: O candidato deverá utilizar cada folha do caderno de resposta para responder uma única questão, devendo indicar, em cada folha, o número da questão respondida. O verso de cada folha só deverá ser utilizado para continuação da resposta iniciada no anverso. Prova com 6 questões dissertativas)

1.^a QUESTÃO: (25 pontos)

Comente, objetivamente: o Poder Judiciário e o controle do mérito dos atos emanados do Poder Executivo. Possibilidade e limites.

2.^a QUESTÃO: (15 pontos)

Projeto de lei de iniciativa parlamentar, dispondo sobre a renovação automática, pelo mesmo período, de todas as concessões e permissões de serviços públicos, por vencerem dentro de um ano de sua vigência, bem como exigindo a prévia autorização legislativa para futuras delegações, vem a ser sancionado pelo Prefeito. Analise a constitucionalidade desta lei.

3.ª QUESTÃO: (15 pontos)

A Emenda Constitucional n.º 32 alterou a redação do inciso VI do art. 84 da Constituição Federal, de acordo com o qual o Presidente da República pode, mediante decreto, dispor sobre a organização e funcionamento da administração federal quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. Comente o sentido e alcance da modificação introduzida, bem como esclareça, fundamentadamente, se a mesma se aplica automaticamente às atribuições dos Prefeitos Municipais.

4.ª QUESTÃO: (15 pontos)

O Governador do Estado “X” sanciona projeto de sua iniciativa e que não sofreu emendas no curso do processo legislativo, que prevê a reserva de trinta por cento das vagas, nos vestibulares para os cursos oferecidos pelas universidades públicas estaduais, para os candidatos que completaram integralmente os ensinos médio e fundamental em instituições educacionais públicas. Discuta a constitucionalidade da lei em questão.

5.ª QUESTÃO: (15 pontos)

Parlamentar inconformado com a apresentação de proposta de emenda à Constituição Federal, cuja matéria fora anteriormente rejeitada naquela mesma sessão legislativa, dispõe de meio jurídico hábil para postular, perante o Supremo Tribunal Federal, provimento jurisdicional para que o Congresso seja impedido de deliberar sobre o tema? Caso afirmativo, poderá fazê-lo em nome próprio ou necessita recorrer ao partido político a que pertence?

6.ª QUESTÃO: (15 pontos)

Na hipótese de ter sido alterada norma da Constituição Federal reproduzida pela Constituição Estadual, mas não haver sido modificado o correspondente dispositivo estadual, quais seriam os instrumentos de controle da constitucionalidade da lei municipal que passou a ser incompatível com o novo texto da Constituição Federal?

PROVA ESPECÍFICA DE DIREITO CIVIL (24/11/2001)

(**ATENÇÃO:** O candidato deverá utilizar cada folha do caderno de resposta para responder uma única questão, devendo indicar, em cada folha, o número da questão respondida. O verso de cada folha só deverá ser utilizado para continuação da resposta iniciada no anverso. Prova com 6 questões dissertativas)

1.ª QUESTÃO: (15 pontos)

A instituição financeira ABC Leasing S/A. – Arrendamento Mercantil celebrou contrato de leasing com a Transportadora Xavier Ltda., tendo por objeto dois caminhões, que passaram a ser empregados pela arrendatária exclusivamente no desempenho de suas atividades empresariais. Pergunta-se:

- A) havendo litígio entre as partes, pode a Transportadora Xavier Ltda. invocar, em seu benefício, as disposições do Código de Defesa do Consumidor?
- B) prevista, no contrato, cláusula penal para a hipótese de destruição, durante o prazo contratual, dos bens arrendados, pode a instituição financeira exigir da arrendatária o pagamento de indenização complementar, alegando ser insuficiente o valor previsto na cláusula penal?

2.ª QUESTÃO: (20 pontos)

Na Zona Sul da Cidade do Rio de Janeiro, numa rua sem saída, de cunho estritamente residencial, onde não há tráfego de coletivos, seus moradores, preocupados com o crescente aumento da criminalidade, resolveram criar mecanismos próprios de defesa, instalando guarita e trave basculante no logradouro público, assim como contratando uma empresa encarregada de lá manter vigilantes 24h por dia. Decidiram, também, constituir uma associação, com o objetivo de administrar os interesses dos moradores da rua, à qual todos aderiram, fixando-se e cobrando-se uma contribuição para o rateio das despesas necessárias ao pagamento do serviço de vigilância e à manutenção dos equipamentos instalados.

Transcorrido algum tempo, um dos moradores, alegando estar insatisfeito com a conduta adotada pelo presidente da associação, resolveu desligar-se, deixando de contribuir para o rateio das despesas, o que passou a onerar os demais moradores associados, cujo valor da cota elevou-se consideravelmente.

Pergunta-se: Tem este morador o direito de abandonar a associação? Pode a associação exigir em juízo do morador dissidente a sua contribuição para o rateio das despesas? Fundamente sua resposta, explicitando os argumentos de ambas as partes envolvidas no conflito.

3.ª QUESTÃO: (15 pontos)

A empresa “X”, com base no direito de superfície de que se tornou titular nos termos da Lei n.º 10.257, de 10-7-01, requer licença para construir um hotel em imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade vitalícia. Emitir parecer orientando a Secretaria Municipal de Urbanismo sobre a possibilidade de conceder licença.

4.ª QUESTÃO: (15 pontos)

A empresa “X” possui crédito no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) contra o Município do Rio de Janeiro, com vencimento no dia 15 de fevereiro de 1990, que tem como causa a contratação de uma obra que, segundo a autoridade municipal, não teria sido realizada a contento. Em 30 de novembro de 1994, a empresa “X” notifica judicialmente o Município, para que este lhe pague a quantia devida, sob pena da tomada das medidas judiciais cabíveis. Em 18 de janeiro de 1995, a empresa “X” cede o seu crédito para a empresa “Y”. Em 16 de julho de 1997, a empresa “Y” propõe ação de cobrança da quantia devida contra o Município do Rio de Janeiro. O que poderia o Município alegar na contestação à ação proposta por “Y”?

5.ª QUESTÃO: (15 pontos)

Em reunião de diretoria da indústria química “XYZ”, Carlos, seu presidente e detentor de mais de 50% de suas ações ordinárias, informa aos diretores Pedro, Paulo e Eduardo, diretores comercial, industrial e financeiro, respectivamente, da companhia que, em vista de ser a única maneira de cumprir contratos de fornecimento firmados com clientes importantes, a nova unidade industrial iniciaria sua produção

no dia seguinte. Para fazê-lo, embora não contasse com indispensável dispositivo de tratamento de efluentes líquidos - por atraso na entrega pela sociedade fornecedora -, a “XYZ” contava com licença de operação expedida pelo órgão competente.

Paulo discorda de Carlos por entender que o dispositivo é imprescindível. Pedro e Eduardo pensam como Paulo, mas deixam de se manifestar porque consideram a questão estranha a suas respectivas funções. Carlos encerrou a reunião e se retirou do local, no que é seguido pelos demais, sem que houvesse sido feito qualquer registro do ocorrido.

No dia seguinte, o primeiro de funcionamento da nova unidade, em virtude de imprevisível acidente no interior da fábrica, expressiva quantidade de produtos químicos poluiu o rio que capta os efluentes líquidos da unidade. Dias depois, habitantes de uma comunidade localizada a jusante do referido rio começaram a apresentar sérios problemas de saúde relacionados à ingestão de substâncias como as que poluíram o curso d’água.

Analise fundamentadamente os seguintes aspectos, mencionando os institutos jurídicos aplicáveis e, em especial, os dispositivos legais pertinentes:

- A) a eventual existência de obrigação ou de obrigações de reparar danos;
- B) qual ou quais seria(m) o(s) credor(es) e o(s) devedor(es) da(s) referida(s) obrigação ou obrigações.

6.^a QUESTÃO: (20 pontos)

O Prefeito do Município do Rio de Janeiro pretende constituir uma sociedade de economia mista com as seguintes características:

- (i) o objeto social será a prestação de serviços de assistência técnica aos estabelecimentos hoteleiros sediados no Município do Rio de Janeiro;
- (ii) o capital social será de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais), dividido em 20 milhões de ações sem valor nominal; metade do capital será representado por ações ordinárias e metade por ações preferenciais sem direito a voto;

- (iii) a Prefeitura subscreverá 5.010.000 ações ordinárias;
- (iv) 4.990.000 ações ordinárias poderão ser subscritas exclusivamente por sociedades que exerçam atividades ligadas à hotelaria e sejam controladas por brasileiros; essas ações ordinárias somente poderão ser alienadas mediante prévia autorização do Município; as ações preferenciais poderão ser subscritas por quaisquer pessoas;
- (v) as ações poderão ser integralizadas em dinheiro ou em créditos detidos pelos subscritores contra empresas hoteleiras sediadas no Município, hipótese em que o subscritor não responderá pela solvência do devedor;
- (vi) a companhia será administrada por um Conselho de Administração e uma Diretoria Executiva; o Presidente do Conselho e o Diretor-Presidente serão nomeados pelo Prefeito;
- (vii) não poderão ser eleitas para o Conselho de Administração pessoas que participem de órgãos de administração de sociedade que exerça a atividade de hotelaria;
- (viii) o mandato dos conselheiros será de três anos, vedada a reeleição;
- (ix) o prazo para os acionistas exercerem o direito de preferência para a subscrição de aumento de capital será de 120 dias contados da data da realização da assembléia que deliberar o aumento;
- (x) pretende o Prefeito criar a companhia por decreto, que lhe aprovará o estatuto.

Respondendo a consulta do Prefeito, indique quais as proposições acima estão de acordo com a lei e quais as que não estão, indicando os dispositivos que fundamentem as suas conclusões.

PROVA ESPECÍFICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO (1º/12/2001)

(**ATENÇÃO:** O candidato deverá utilizar cada folha do caderno de resposta para responder uma única questão, devendo indicar, em cada folha, o número da questão respondida. O verso de cada folha só deverá ser utilizado para continuação da resposta iniciada no anverso. Prova com 6 questões dissertativas)

1.ª QUESTÃO: (20 pontos)

A Lei Municipal n.º 2.955, de 29-12-99, institui no território do Rio de Janeiro as seguintes alíquotas de IPTU: 1,20% para imóveis edificados residenciais; 2,80% para imóveis edificados não residenciais; 3,50% para imóveis não edificados. Um grupo de contribuintes insurge-se contra tal legislação, após a notificação do lançamento de 2001, propondo ações anulatórias em face da cobrança, alegando inconstitucionalidade da mesma, tendo em vista sua progressividade. Analise a alegação de inconstitucionalidade formulada pelos contribuintes.

2.ª QUESTÃO: (20 pontos)

A empresa “Conservadora S/A.”, estabelecida na Cidade do Rio de Janeiro, realizou diversas obras de manutenção e reparo na ponte que vai do Município do Rio de Janeiro ao Município de Niterói por sobre as águas da Baía de Guanabara. A referida empresa foi contratada pela concessionária dos serviços de exploração da mencionada via federal. No Município de Niterói, onde a concessionária dos serviços da ponte detém sua sede e único estabelecimento, há previsão legal de que a mesma é responsável tributária pela retenção do ISS devido por todos os serviços por ela contratados. Pergunta-se: qual o titular da competência tributária para exigir o ISS sobre os serviços realizados na ponte?

3.ª QUESTÃO: (15 pontos)

O Conselho de Contribuintes de determinado Município dá provimento a recurso de contribuinte, anulando lançamento tributário. A Representação da Fazenda Municipal interpõe recurso hierárquico para o Secretário de Fazenda, com base em legislação local. Indaga-se: é constitucional a referida norma que prevê o recurso?

4.ª QUESTÃO: (15 pontos)

Quais os limites para a revisão do lançamento tributário?

5.ª QUESTÃO: (15 pontos)

Determinado contribuinte deixa de recolher o ISS incidente sobre serviço por ele prestado, em data na qual vigia legislação prevenido para a hipótese de inadimplemento do imposto multa de 20% (vinte por cento). Poucos dias depois, a legislação vem dispor que o inadim-

plemento acarreta multa de 10% (dez por cento), e não mais de 20% (vinte por cento). Depois dessa inovação legislativa, e antes de iniciar qualquer procedimento fiscal, o contribuinte se dirige à Administração tributária e solicita parcelamento do débito. Discorra sobre a multa eventualmente aplicável.

6.ª QUESTÃO: (15 pontos)

Uma empresa que produz “softwares” indaga se a atividade está sujeita ao recolhimento do ISS em favor do Município ou do ICMS em favor do Estado. Teça considerações a respeito.

PROVA ESPECÍFICA DE DIREITO DO TRABALHO (8/12/2001)

(**ATENÇÃO:** O candidato deverá utilizar uma folha do caderno de resposta para responder uma única questão, devendo indicar, em cada folha, o número da questão respondida. O verso de cada folha só deverá ser utilizado para continuação da resposta iniciada no anverso. Prova com 6 questões dissertativas)

1.ª QUESTÃO: (20 pontos)

Determinada empresa pública formula consulta à Procuradoria-Geral do Município sobre o procedimento a ser adotado em relação a alguns empregados que, aposentados pelo órgão previdenciário oficial, nela permaneceram trabalhando. Opine, indicando eventuais providências a serem adotadas pela empresa pública.

2.ª QUESTÃO: (15 pontos)

Cabe antecipação de tutela destinada a reintegrar empregado público estável? Em caso de deferimento, qual a medida processual cabível contra essa decisão?

3.ª QUESTÃO: (15 pontos)

Em que medida normas coletivas podem restringir direitos previstos na Constituição Federal?

4.^a QUESTÃO: (15 pontos)

Qual a medida processual cabível, no processo do trabalho, contra decisão interlocutória que indefere requerimento formulado por qualquer das partes?

5.^a QUESTÃO: (15 pontos)

O Município responde por obrigações trabalhistas de empresas prestadoras de serviço contratadas após regular procedimento licitatório?

6.^a QUESTÃO: (20 pontos)

Lei Municipal, de iniciativa do chefe do Poder Executivo, extinguiu determinada autarquia, transferindo seus empregados para fundação municipal com atribuições semelhantes e cujo quadro funcional também é regido pelas normas trabalhistas. Verificou-se, então, que os assistentes administrativos da fundação recebiam salário inferior ao dos assistentes administrativos da extinta autarquia. Inconformados, os empregados da fundação pleiteiam equiparação salarial aos novos colegas. Submetida a questão à Procuradoria-Geral do Município, opine sobre a pertinência do pleito.

PROCURADORES DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

Alberto Guimarães Júnior
Alcides da Fonseca Sampaio
Alda Cavaliere
Alexandre Nery Brandão
Aline Sleman Cardoso Alves
Ana Maria da Silva Brito
Ana Paula Buonomo Machado
Ana Tereza de Oliveira Gama Palmieri
André Hermann Tostes
André Leal Faoro
André Luiz Faria Miranda
Andrea Veloso Correia
Antonio Carlos de Sá
Antonio Dias Martins Neto
Arcia Fernandes Correia
Arlindo Daibert Neto
Beatriz Varanda
Carlos Raposo
Carlos Eugenio de Oliveira Wetzel
Carmem Lúcia Macedo
Cassius Anibal Rios
Christiana Mariani da Silva Telles
Claudia Alves de Oliveira
Claudia Braga de Lafonte Bulcão
Cláudia Maria Monteiro de Castro Sternick
Cristina Galvão D'Andréa Ferreira
Daniel Bucar Cervásio
Darcio Augusto Chaves Faria
Denis George Haddad
Eduardo Alves Fonte
Eduardo de Oliveira Gouvêa
Elaine Tisser

Eliana da Costa Lourenço
Elisa Grinsztejn
Fabiani Li Rizzato de Almeida
Fátima Martins Couto
Fernanda Averbug
Fernanda Lousada Cardoso
Fernanda Taboada
Fernando Barbosa Marcondes de Carvalho
Fernando dos Santos Dionísio
Flávio Rondon dos Santos
Francisco José Marques Sampaio
Frederick Bigone Burrowes
Giovanna Moreira Porchera
Gustavo da Gama Vital De Oliveira
Gustavo da Rocha Schimidt
Gustavo Mota Guedes
Gustavo Vianna De Siqueira
Heloisa Cyrillo Gomes Solberg
Heraldo Motta Pacca
Hugo Gonçalves Gomes Filho
Ilana Kupermann Bocikis
Íório Siqueira D' Alessandri Forti
Ivone Duarte Monteiro De Campos
Jaqueline Ripper N. do Vale Cuntin Perez
José Eduardo Cavalcanti De Albuquerque
José Luiz Cunha de Vasconcelos
José Roberto de Castello Branco de Macedo Soares
Julio Rebello Horta
Kátia Patrícia Gonçalves Silva
Lêo Bosco Griggi Pedrosa
Lionio Ramos de Carvalho Júnior
Luis Cláudio Miraldes
Luiz Antonio Barretto
Luiz Eduardo Cavalcanti Correa
Luiz Norton Baptista de Mattos
Luiz Roberto da Mata
Marcelo Salles Melges
Marcelo Silva Moreira Marques
Márcia Vieira Marx Andrade
Marco Antonio Ferreira Macedo
Marcos Henrique Portella de Lemos
Maria Izabel Vieira de Brito
Maria Luisa Alkimin Curvello de Araújo
Mariana Rodrigues Kelly e Sousa

Martinho Neves Miranda
Maurício Martinez Toledo dos Santos
Miguel Grimaldi Cabral de Andrade
Nereo Cardoso de Matos Júnior
Patrícia Felix Tassara
Paulo Lamego Carpenter Ferreira
Paulo Maurício Fernandes da Rocha
Paulo Roberto Soares Mendonça
Rachel Espírito Santo de Oliveira
Rafael Carvalho Rezende Oliveira
Ricardo Almeida Ribeiro da Silva
Ricardo Fontes Perin
Ricardo Lopes Limongi
Roberta Gobert Torres
Roberto Sardinha Júnior
Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha
Rodrigo Meireles Bosisio
Rodrigo Ramos Lourega de Menezes
Rogério Leite Lobo
Roseane Fernandes Cerbino
Rubem Dario Ferman
Sérgio Paulo de Abreu Martins Teixeira
Simone Britz Gorodicht
Vanice Regina Lírio do Valle
Vera Helena Rodrigues Caldas Francisco
Vivianne Velasco Fichtner Pereira
Zulmira Maria Silva Tostes

APOSENTADOS

Denis Borges Barbosa
Fernando da Costa Guimarães
Fernando Guerra Lopes
Gustavo Affonso Capanema
Jose Pereira de Andrade
Luiza Rangel de Moraes
Marcus Araújo Andrea
Margarida Maria Vieira Pinto Gomes Castro
Maria Regina de Toledo Müller
Prisce Maria Frota Salles Torres Barbosa
Rachel Teixeira Fares Menhem
Sonia Rabello de Castro
Vania Lucia Belmont

**VERSÃO EM PDF DA REVISTA DE DIREITO DA PROCURADORIA GERAL
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO PRODUZIDA PELA ASSESSORIA DE
COMUNICAÇÃO SOCIAL DA PGM.**