

Dezembro 2014

REVISTA

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Edição nº 10 - 2014

Álvaro Roberto Antanavicius Fernandes

Bruno Prange Stiborski

Cibele Gralha Mateus

Claudio Luiz Covatti

Denis Sampaio

Fabiane Simioni

Felipe Kirchner

Marcelo Costa Fernandes de Negreiros

Márcia Regina Zok da Silva

Mateus Mantovani Sorgatto

Rodolpho Penna Lima Rodrigues

Coord. Editorial
Felipe Kirchner



**REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
do Rio Grande do Sul**

**Porto Alegre/RS
2014**



ISSN 2177-8116

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [on line] /
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 5, V.10
(setembro/dezembro.2014). – Porto Alegre: DPE, 2014 –

Quadrimestral.

Modo de acesso:< <http://www.defensoria.rs.gov.br/revista> >

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177 8116

1. Direito - Periódico I. Rio Grande do Sul (estado). Defensoria Pública.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Gilmará Gomes - CRB-10/1367

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Nilton Leonel Arnecke Maria

CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Yara Nasario

COORDENADOR DA REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Felipe Kirchner

CONSELHO EDITORIAL

Alvaro Roberto Antanavicius Fernandes

Gustavo Lindenmeyer Barbieri

Vivian Rigo

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 – Centro Histórico

CEP 90010-100 – Porto Alegre/RS

Tel. 51 3211-2233

www.dpe.rs.gov.br/site/revista_eletronica.php

APRESENTAÇÃO

Com imenso entusiasmo chegamos à décima edição da Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

O periódico, de edição quadrimestral, conta com artigos das mais diversas áreas do saber jurídico elaborado por Defensores Públicos, Advogados, Magistrados e demais operadores do direito.

A faceta multidisciplinar se revela na vasta gama de artigos já publicados nas edições anteriores mas, para além disso, reflete a alta complexidade das demandas que chegam às mãos dos Defensores(as) Públicos(as), verdadeiros de Direitos Humanos e da Cidadania.

Assim, esta edição conta com nove artigos distribuídos entre as áreas do direito constitucional, cível, penal, fiscal, ambiental e tributário.

Os artigos iniciais refletem a importância do Direito Constitucional nas discussões atuais do sistema jurídico brasileiro. Como primeiro trabalho, apresenta-se o artigo sobre os critérios de atendimento da Defensoria Pública, tema que merece especial atenção. Para tanto, os autores Marcelo Costa Fernandes de Negreiros e Rodolpho Penna Lima Rodrigues, Defensores Públicos do Sergipe e Maranhão respectivamente, abordam os critérios de atendimento das Defensorias Públicas com uma revisão dos mais diversos aspectos da vulnerabilidade e hipossuficiência.

Também na área constitucional apresenta-se o artigo da bacharela em direito e servidora do estado, Márcia Regina Zok da Silva, que analisa o Município Brasileiro e seus interesses intrínsecos e as diversas conotações assumidas por este ente ao longo da História Constitucional de nosso País.

Seguem-se dois artigos com intersecções no direito constitucional, sanitário e consumerista. O primeiro, de autoria de Cibele Mateus e Bruno Siborski, Advogada e Conciliador Criminal, analisa o panorama jurisprudencial sobre as cooperativas médicas à luz da legislação constitucional e infraconstitucional vigente, demonstrando que as relações entre particulares também estão sujeitas aos efeitos irradiadores das normas de direitos fundamentais sociais. O artigo A Responsabilidade Civil das Operadoras de Saúde Suplementar por Erro Médico, de minha autoria,

objetiva o alcance da maximização da pretensão do consumidor a partir dos pressupostos da teoria sistêmica, alcançando a legitimidade passiva das operadoras.

Já a área do direito penal e processual penal vem analisada pelos Defensores Públicos Álvaro Antanavicius Fernandes e Denis Sampaio, respectivamente. O primeiro trata dos tipos penais incriminadores, em especial aqueles que preveem elementos subjetivos especiais e discute a suficiência do dolo eventual como resposta. O segundo artigo, por sua vez, utiliza-se do direito comparado para analisar a investigação defensiva no sistema processual penal brasileiro, na busca de um processo que seja baseado no diálogo e no contraditório.

Importante artigo na área ambiental é apresentado pelo Defensor Público Claudio Luiz Covatti que discute a atuação da Defensoria nos litígios e questões ambientais “como principal instituição de concretização do direito ao meio ambiente equilibrado”.

Na relação entre direito fiscal, tributário e empresarial, apresentam-se mais dois artigos, o primeiro do Advogado Mateus Mantovani Sorgatto que traz à tona a questão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista e fiscal. Outro importante ensaio sobre a matéria é da também Advogada Fabiane Simioni, que discute a imunidade tributária conferida constitucionalmente aos templos de qualquer culto com base nas teorias de Rawls e Habermas.

Convidamos a todos para a ampla discussão trazida por este número da Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, fazendo votos de que também o leitor possa contribuir com a construção do saber jurídico enviando seus artigos para este periódico.

Porto Alegre, dezembro de 2014.

FELIPE KIRCHNER

Defensor Público

Coordenador da Revista da Defensoria

SUMÁRIO	
APRESENTAÇÃO.....	4
A ASSISTÊNCIA JURÍDICA EXPANSIVA E AS FACETAS DA VULNERABILIDADE	9
<i>Marcelo Costa Fernandes de Negreiros e Rodolpho Penna Lima Rodrigues</i>	
DO “PECULIAR INTERESSE” AO “INTERESSE LOCAL”: A CONTRIBUIÇÃO DO ART. 30, I, DA CRFB/88, NA MUNICIPALIDADE BRASILEIRA.....	33
<i>Márcia Regina Zok da Silva</i>	
AS COOPERATIVAS MÉDICAS E O ACESSO À SAÚDE: POR UMA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	67
<i>Cibele Gralha Mateus e Bruno Prange Stiborski</i>	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE SAÚDE SUPLEMENTAR POR ERRO MÉDICO: IMPUTAÇÃO PELO PRISMA DA TEORIA SISTÊMICA.....	82
<i>Felipe Kirchner</i>	
TIPOS PENAS INCRIMINADORES QUE PREVÊM ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIAIS: A (IN)SUFICIÊNCIA DO DOLO EVENTUAL	146
<i>Álvaro Roberto Antanavicius Fernandes</i>	
REFLEXÕES SOBRE A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO – POSSÍVEL RENOVAÇÃO DA INFLUÊNCIA ITALIANA PÓS “CÓDIGO ROCCO” SOBRE A <i>INDAGINE DIFENSIVE</i>.....	187
<i>Denis Sampaio</i>	
A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL.....	215
<i>Claudio Luiz Covatti</i>	
A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NA EXECUÇÃO TRABALHISTA E FISCAL.....	237
<i>Mateus Mantovani Sorgatto</i>	
A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA AOS CULTOS E À LIBERDADE DE CRENÇA EM UM ESTADO LAICO	265
<i>Fabiane Simioni</i>	

A ASSISTÊNCIA JURÍDICA EXPANSIVA E AS FACETAS DA VULNERABILIDADE

Marcelo Costa Fernandes de Negreiros¹

Rodolpho Penna Lima Rodrigues²

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade abordar a vulnerabilidade nos seus mais variados aspectos. Os resultados e as conclusões do trabalho foram baseados em uma revisão de doutrina e casos concretos. Entrevistas com pessoas atendidas pela Defensoria Pública nos estados do Acre, Maranhão e Sergipe contribuíram para esses resultados. Os critérios de acesso à Defensoria Pública passam, inevitavelmente, pela análise da vulnerabilidade sob o enfoque da hipossuficiência econômica, jurídica e organizacional. Sucede que, nos tempos hodiernos, a vulnerabilidade se apresenta em outros campos, em especial na seara processual. Diante do vácuo doutrinário e jurisprudencial sobre a temática, discute-se o processo virtual e os déficits do sistema, defendendo-se a inadmissibilidade da evolução da técnica quando em detrimento do direito, em especial quando há violação às prerrogativas dos Defensores Públicos. Além disso, são retratados os aspectos formais da carta precatória, a fim de resguardar o devido processo legal e os consectários do contraditório e ampla defesa. Discute-se, por fim, a hipossuficiência geográfico-temporal e a desertificação assistencial, envolvendo a temática da (im)possibilidade de atuação do Defensor Público quando a sua atuação transcende os limites territoriais do estado. Defende-se a assistência jurídica gratuita expansiva.

¹Defensor Público no Estado de Sergipe. Ex-Defensor Público do Estado do Acre. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte.

²Defensor Público de 1ª Classe do Estado do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais. Membro da Comissão de Prerrogativas da Defensoria Pública do Estado do Maranhão. Membro da Comissão Acadêmica da ADPEMA – Associação dos Defensores Públicos do Estado do Maranhão. Ex-Conselheiro do PROVITA - Programa de Proteção a Vítimas e

Com a Emenda Constitucional n. 80/2014, a Defensoria Pública ganha espaço e força para implementar, de vez por todas, a sua atuação. Assim, temas como estes ganham espaço e merecem discussão para assegurar o direito constitucional à assistência jurídica, como núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana, pertencendo ao mínimo existencial.

PALAVRAS CHAVE: Vulnerabilidade. Hipossuficiência. Assistência Jurídica Gratuita.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Critérios de acesso à Defensoria Pública. A tríade da vulnerabilidade (a hipossuficiência econômica, jurídica e organizacional). 2.1. A Hipossuficiência Geográfico-Temporal. Da problemática acerca da atuação da Defensoria Pública em casos de cartas precatórias interestaduais e petições extraterritoriais. 2.2. Aspectos Formais da Carta Precatória Criminal. 2.3. Da ineficiência da Resposta à Acusação no Processo Penal: a absoluta ausência de contato com o réu. 2.4. Processo virtual e os déficits do sistema: da inadmissibilidade da evolução da técnica quando em detrimento do direito. 2.5. Do déficit na quantidade de Defensores Públicos e os consequentes reflexos processuais e extraprocessuais. 3. Conclusão. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Não existe esperança sem luta. Para que exista luta, deve haver ação. E com ação, existem resultados. Então, nada é em vão.

Não poderia ser outro o logradouro a ser seguido e perseguido. A Defensoria Pública transpôs inúmeros obstáculos nos últimos anos, obtendo conquistas aptas a culminar no seu real valor. Em especial, após incessantes lutas, é com a recente promulgação da Emenda Constitucional nº. 80/2014³ que nasce o alicerce indispensável para que a Instituição

Testemunhas do Estado do Maranhão.

³ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático,

possa, de vez por todas, atingir o grau máximo de universalização de acesso aos necessitados. Reverencia-se, em sede constitucional, a expansão e a exclusividade da assistência jurídica gratuita. Deveras, a promoção dos direitos humanos, notadamente no combate às injustiças, à pobreza, enfim, aos riscos sociais – espalhados nos quadrantes deste Brasil – será realizada com mais eficácia, uma vez que a alteração potencializa a Defensoria Pública e traz a reboque o arsenal de armas para que os seus objetivos institucionais sejam alcançados.

Já dizia o Ministro Celso de Mello, em lapidar voto⁴, que interpretações de normas programáticas não podem transformá-las em promessas constitucionais inconsequentes. Após vinte e seis anos, enfim, uma dívida histórico-constitucional é quitada. A consequência disso tudo é que, ao conferir iniciativa de lei à Defensoria Pública, a sua estrutura funcional será robustecida nos mais variados aspectos. Com tais mudanças, o acesso à justiça será ampliado e a vulnerabilidade combatida com mais afinco.

Nada seria alcançado sem que houvesse o denoto e a humanidade de muitos Defensores Públicos, cômicos do dever de transmutar em ações as demandas de um número cada vez maior de hipossuficientes, ainda quando o estorvo estrutural e a ausência de um corpo de funcionários capacitado aparentavam inviabilizar a atuação defensorial.

Por evidente que muito caminho ainda falta ser percorrido e que abundantes são as dificuldades ainda existentes como, por exemplo, a

fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)[...]§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

⁴ Recurso Extraordinário n. 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENTA VOL-02013-07 PP-01409)

ausência de estrutura física adequada, a carência de funcionários e de Defensores Públicos, a diferença orçamentária entre as Instituições que compõem o Sistema de Justiça, dentre outras que se manifestam em maior ou em menor escala, muitas delas dificultando o acesso à Defensoria Pública e não resolvendo ou agravando a situação dos hipossuficientes.

A luta não para.

2 CRITÉRIOS DE ACESSO À DEFENSORIA PÚBLICA. A TRÍADE DA VULNERABILIDADE (A HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA, JURÍDICA E ORGANIZACIONAL)

“Los pobres normalmente son los más vulnerables en una sociedad, ya que están más expuestos al conjunto de riesgos y al mismo tiempo tienen menos acceso a instrumentos adecuados para enfrentar dichos riesgos”.⁵

Os critérios de acesso à Defensoria Pública passam, inevitavelmente, pela análise da vulnerabilidade, que se desdobra na análise da hipossuficiência econômica, jurídica e organizacional.

Vaticina o novel artigo 134 da Constituição Federal que a “Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos *necessitados*, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”.

Como se vê, a prestação da assistência jurídica está adstrita à cláusula geral “*necessitados*”, o que torna imperativa a definição de contornos jurídicos ao termo. Neste particular, leciona JUDITH MARTINS-COSTA que “considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula

⁵ Serie de Documentos de Discusión sobre la Protección Social. Manejo Social del Riesgo: Un nuevo marco conceptual para la Protección Social y más allá. Robert Holzmann. Steen Jørgensen. Febrero del 2000. Documento de trabajo No. 0006 sobre protección social. Unidad de la Protección Social. Red de Desarrollo Humano. El Banco Mundial.

geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente 'aberta', 'fluida' ou 'vaga', caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico"⁶.

Portanto, no afã de delimitar a extensão do campo semântico, de rigor é a análise da vulnerabilidade e da hipossuficiência. Com efeito, a primeira evidencia uma fórmula geral, ao passo que a segunda traduz a fórmula específica de vulnerabilidade no caso concreto. Explique-se.

A análise da vulnerabilidade é *conditio sine qua non* para deflagrar a atuação institucional da Defensoria Pública. Trata-se de uma situação de fato, em caráter provisório ou permanente, que condiciona a pessoa a uma situação de carência.

Numa primeira análise, a fim de dar concretude às normas gerais estatuídas na Constituição Federal e na Lei Complementar Orgânica nº. 80/1994, as Leis Estaduais preveem os critérios de acesso à Defensoria Pública. À guisa de exemplo do critério de hipossuficiência econômica, a Lei Complementar do estado do Maranhão nº. 19 de 1994, em seu art. 1º, §1º, aduz que se considera "necessitado" o brasileiro ou estrangeiro, residente ou em trânsito, no estado, cuja ineficiência de recursos, comprovadamente, não lhe permita pagar as custas processuais e os honorários advocatícios sem prejuízo do sustento pessoal e de sua família.

Vale como comprovação, para os efeitos do referido artigo, a prova de uma das seguintes condições: ter renda pessoal inferior a três salários mínimos mensais, ou pertencer à entidade familiar, cuja média da renda *per capita*, mensal, não ultrapasse a metade do valor acima referido.

Conquanto várias legislações estaduais optem por fixar um determinado valor, a verdade é que qualquer indexador abstrato que propenda decidir quem é necessitado ou quem deve ser atendido pela

⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional, cit., p. 303.

Defensoria Pública é arbitrário, sendo incapaz de antever e abarcar os inúmeros casos que abrolham nas mãos dos Defensores Públicos. Qualquer critério matemático falha pela generalidade. Não se quer, contudo, refutá-los *in totum*, por despiciendos. Não se discorda acerca da possibilidade da utilização dos valores fixados como um norte, mas de maneira alguma se admite que esses parâmetros obstem o atendimento de pessoas necessitadas, porquanto muitas vezes os parâmetros legais evidenciam-se desconexos com a realidade fática, casos em que deverão ser desconsiderados. Devem funcionar, portanto, como um piso, em que serão necessitados todos que se encontrarem abaixo do valor fixado. Jamais como teto, pois nesses casos é imperiosa uma análise casuística, não obstante motivada.

Nesse diapasão, FREDIE DIDIER JÚNIOR obtempera que “o Direito passa a ser construído *a posteriori*, em uma mescla de indução e dedução, atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa abstrata e aprioristicamente”⁷.

Assim, cabe ao Defensor Público, a despeito da omissão legislativa ou da inadequação dos parâmetros abstratamente fixados, aferir a necessidade econômica no caso concreto, por meio de decisão devidamente motivada.

Além da análise do perfil socioeconômico, é mister registrar que a hipossuficiência não se resume tão somente a esse aspecto. Há determinados casos em que a hipossuficiência deriva diante de uma relação jurídica. Cite-se, a título ilustrativo, o exemplo da defesa em processo penal, em que o acusado está em posição de vulnerabilidade frente à acusação. Emerge, assim, a denominada a vulnerabilidade sob o enfoque da hipossuficiência jurídica.

⁷ <http://www.frediedidier.com.br/pdf/clusulas-gerais-processuais.pdf>

ADA PELLEGRINI GRINOVER, a esse respeito, já advertia que “não cabe ao Estado indagar se há ricos ou pobres, porque o que existe são acusados que, não dispondo de advogados, ainda que ricos sejam, não poderão ser condenados sem uma defesa efetiva. Surge, assim, mais uma faceta da assistência judiciária, assistência aos necessitados, não no sentido econômico, mas no sentido de que o Estado lhes deve assegurar as garantias do contraditório e da ampla defesa”⁸.

A doutrina de vanguarda, além disso, enuncia a existência da hipossuficiência organizacional para albergar todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc. É no campo da hipossuficiência organizacional que a Defensoria Pública deflagra as ações coletivas.

A par de tais considerações, os critérios de acesso à Defensoria Pública passam necessariamente pela análise detida da fórmula geral “vulnerabilidade”, que se desdobra na análise específica da tríade da hipossuficiência econômica, jurídica e organizacional.

2.1 A HIPOSSUFICIÊNCIA GEOGRÁFICO-TEMPORAL. DA PROBLEMÁTICA ACERCA DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM CASOS DE CARTAS PRECATÓRIAS INTERESTADUAIS E PETICIONAMENTOS EXTRATERRITORIAIS

A vulnerabilidade não só se resume na análise da hipossuficiência econômica, jurídica e organizacional. Na prestação da assistência jurídica gratuita surgem diversas indagações de ordem de direito material e processual, além dos limites das atribuições dos Defensores Públicos. Dentre elas, exsurge a celeuma no que toca à prestação de assistência

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, Assistência Judiciária e Acesso à Justiça, in Novas Tendências do Direito Processual, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2ª ed., 1990, p. 246.

jurídica quando a atuação “defensorial” transcende os limites do estado.

Certo é que a falta de atuação da Defensoria Pública de determinado estado em unidade jurisdicional situada em outro estado da federação pode provocar repercussão de gravidade irreparável, principalmente em relação ao assistido intimado ou citado por meio de carta precatória.

Com efeito, a apresentação da peça processual cabível no juízo deprecante, pode ser analisada sob, no mínimo, dois aspectos, abaixo referidos.

O primeiro deles concerne à hipossuficiência do assistido que buscou a Defensoria Pública após sua intimação por carta precatória. Em sendo hipossuficiente, tem o direito de ser assistido pela Instituição. Exatamente por esse motivo, a regra é que não possua condições de se deslocar até o local de onde partiu a carta precatória. Por conseguinte, o Defensor Público elabora a peça processual e a encaminha ao juízo deprecante, a fim de garantir o direito constitucional à assistência jurídica (qualificada).

O segundo aspecto, contudo, choca-se com o acima mencionado. Refere-se à existência ou à ausência de atribuição do Defensor Público de um determinado estado para atuar em outro, ainda que de forma esporádica. É acerca desse assunto que reside um grande vácuo doutrinário e jurisprudencial.

É nessa vereda que se descortinam algumas questões nevrálgicas, mormente diante da desértica produção literária acerca do assunto: qual a legitimidade de um Defensor Público de um dado estado interpor uma peça processual em outro estado da federação? O princípio da Unidade que rege a Defensoria Pública abrangeria tal prerrogativa ou apenas nessa hipótese haveria uma exceção justificada pela necessidade do assistido? E se o magistrado do estado de onde partiu a precatória adotar uma postura legalista-restritiva, não será maior o prejuízo para o assistido, por ter perdido um prazo processual ao se entender que o Defensor Público não poderia ter

apresentado aquela peça naquela Comarca? Seria uma solução a ratificação da peça pela Defensoria Pública do estado de onde partiu a precatória? Se o prazo já escoou, como efetivar essa ratificação?

Como consabido, o Defensor Público, órgão de execução da Defensoria, presta assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes que residem na Comarca em que exerce suas atribuições. Eis o algoritmo: em regra, o cidadão munícipe comparece à Defensoria Pública e, enquadrando-se no perfil socioeconômico (na acepção literal do termo: “hipossuficiente”), será assistido pela Instituição.

Parece ser simples, mas não o é.

A título de ilustrativo, transmudando as indagações abstratas acima mencionadas em questões concretas, abrolham as seguintes indagações: (1) Seria possível ao Defensor Público do estado do Maranhão elaborar a petição inicial e protocolizar no estado de Sergipe? (2) Como solucionar o caso de assistido que, residente no município de São Luís/MA, local onde há a prestação de assistência jurídica gratuita pela Defensoria Pública Estadual, é citado por meio de carta precatória expedida de processo originário da Comarca de Lagarto/SE, onde também há atuação da Defensoria Pública Estadual, para que apresente a peça processual adequada? O Defensor Público pode demandar diretamente no juízo deprecante?

Para responder a tais questionamentos, é preciso enfrentar os limites conceituais do que vem a ser a assistência jurídica gratuita.

A assistência jurídica integral e gratuita é prevista na Carta Constitucional, no art. 5º, LXXIV, como dever do Estado aos que comprovarem insuficiência de recursos. Com efeito, trata-se de direito público subjetivo que tutela aquele que comprovar que a sua situação econômica não lhe permite pagar honorários advocatícios e despesas processuais, sem prejuízo de seu próprio sustento e o de sua família,

situado no mínimo existencial⁹ como núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana.

Deveras, como direito subjetivo que é, o Defensor Público Estadual, no cumprimento de sua atividade-fim, deve prestar a assistência jurídica integral àqueles que se enquadram como hipossuficientes, mesmo que a eventual demanda tenha de ser protocolizada em Comarca situada em outro estado da federação, sob pena de assim não o fazendo, violar o reconhecimento constitucional de uma metagarantia, riscando o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita.

A pretexto das atribuições estarem limitadas a uma determinada Comarca, o direito vindicado pelo assistido jamais poderá ser obstado se a propositura da demanda recair em outra Comarca situada em diferente estado da federação. Isso porque não se aplicam aos Defensores Públicos os regramentos atinentes à Magistratura, no que toca aos limites da competência, e ao Ministério Público, em relação às atribuições limitadas a uma Comarca.

Neste aspecto, sobreleva destacar que a capacidade postulatória *ex constitutionis* é ínsita à prestação de assistência jurídica do Defensor Público, diferente das demais carreiras jurídicas. É dizer, a pretensão do assistido, respaldada na análise jurídica do Defensor, com base na independência funcional, deflagra e propulsiona a atuação da Instituição em qualquer unidade jurisdicional, a fim de dar concretude ao direito fundamental à assistência jurídica.

Comboiando por esse córrego, insta aludir que a *Carta Altior*, ao prever a integralidade da assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes, não infligiu limites para a execução da devida prestação assistencial, tanto

⁹ Para ANA PAULA DE BARCELLOS, o mínimo existencial é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça (BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258.)

que entalhou no Pergaminho Constitucional, além da gratuidade, a integralidade da assistência. Nessa senda, pertinente referir que só haverá a tão aclamada integralidade, se inexistirem obstáculos aptos a burlar a efetivação dos direitos das pessoas hipossuficientes, sejam esses estorvos de qualquer ordem, inclusive territorial. Em escrita solar: demarcações geográficas não podem impedir a atuação do Defensor Público que, por sua natureza, é postulador por essência.

Ainda nessa linha de raciocínio, convém rememorar a Teoria dos Poderes Implícitos, que teve seu nascedouro na Suprema Corte Norte-Americana, especificamente no caso *McCulloch vs. Maryland*, há quase dois séculos, tempo insuficiente para desatualizar seus dogmas, permanecendo coeva no ordenamento vigente. Em concisa definição, a Teoria estabelece que ao ser concedida, pela Constituição, uma função para certo órgão ou Instituição, também estão implicitamente outorgados os meios para a implementação dessa função. Amoldando a Teoria ao caso em estudo, percebe-se que para a prestação da assistência jurídica integral e gratuita - o que é realizado pela Defensoria Pública -, não é possível fixação de limites territoriais para a Defensoria, por dois motivos: o assistido não possui condições financeiras de buscar a Defensoria Pública de estado diverso do seu (estado de onde partiu a carta precatória), além de tal exigência potencializar, de forma inadmissível, o risco de decurso do prazo processual para manifestação, caracterizando aqui o que denominamos de *vulnerabilidade geográfico-temporal*, capaz de inviabilizar a assistência jurídica integral e gratuita por parte da Defensoria Pública.

Na mesma quadra, oportuno mencionar que Constituição Federal, ao mencionar a integralidade da assistência jurídica gratuita, não faz ressalvas, nem permite que sejam impostas limitações ao texto Constitucional. Em assim sendo, como efetivamente o é, qualquer limitação de ordem infraconstitucional afronta diretamente o texto maior. Nesse diapasão, a

norma Constitucional goza de plena eficácia, configurando limitação indevida, por violação a integralidade da prestação assistencial, qualquer entendimento que restrinja a atuação da Defensoria Pública em Comarcas de outros estados, sempre que houver o interesse de pessoas hipossuficientes.

Noutra linha de raciocínio, pertinente esclarecer que a limitação quantitativa de peças previstas no Estatuto da OAB não se aplica à Defensoria Pública, por ter regramento próprio. A norma do Estatuto apenas reforça a ausência de limitação territorial para a atuação da Defensoria Pública, pois se é permitido ao advogado atuar em determinado número de processos fora da localidade em que possui sua inscrição junto à OAB, com maior razão pode atuar o Defensor Público, pois opera em defesa de pessoas hipossuficientes, devendo ser a prestação gratuita e integral, nos termos da Carta Cidadã, tornando-se impossível pensar em integralidade quando impostas barreiras territoriais, conforme já sobredito.

É preciso ir além. A variada gama de relações jurídicas que é travada no Estado contemporâneo faz com que, naturalmente, surjam conflitos. É mais do que comum o cidadão ser demandado em um Estado por onde jamais passou. E, quando procura a Defensoria Pública – verdadeira égide protetora de seus direitos –, não pode receber a resposta de que não é possível a referida atuação, porque o processo tramita em Comarca na qual o Defensor não exerce suas atribuições.

A prestação da assistência jurídica gratuita é expansiva. O Defensor Público não só pode, como deve, nos limites e possibilidades estruturais, elaborar a peça processual adequada, remeter ao Juízo competente, suscitar a incompetência do juízo, requerer a oitiva do assistido na Comarca em que é domiciliado, entrar em contato com o Defensor Público titular local, se houver Defensoria Pública naquela localidade, enfim, adotar as medidas judiciais pertinentes para assegurar o direito fundamental à

assistência jurídica gratuita e integral.

Eventuais atos processuais e audiências podem ser acompanhados pelo Defensor Público titular local. Note-se e anote-se que, conquanto repreensiva, a persistente omissão estatal na implementação estrutural da Defensoria Pública, desde 1988, não justifica a supressão da prestação da assistência jurídica integral e gratuita, a quem dela necessitar.

À luz de tais premissas, necessário ponderar que essa assistência jurídica gratuita expansiva ou ampliada, retratada aqui na possibilidade de atuação do Defensor Público de um estado em outro estado da federação, além de resguardar os direitos do assistido, objetiva lhe assegurar a Justiça, sem delongas capazes de prejudicar seu direito, pois “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”¹⁰, na erudita frase cunhada por RUI BARBOSA.

Nesse sentido, exsurge a necessidade de serem firmados Convênios de Cooperação de Assistência Jurídica Interestaduais entre as respectivas Defensorias Públicas para regulamentar situações deste quilate. Um Código de Normas a ser elaborado pelas Defensorias Estaduais, padronizando a forma de atuação do Defensor Público nos casos mencionados, é uma das soluções viáveis, evitando possíveis conflitos e entendimentos divergentes, descambando em irreparáveis prejuízos para os hipossuficientes.

Magistrados devem ser sensíveis a essa situação, sem obstar o direito dos assistidos aplicando entendimento interpretativo restritivo. De *lege ferenda*, contudo, o ideal é a normatização legal do assunto, atribuindo, de forma clara e literal, poderes ao Defensor Público para atuar nas situações acima especificadas, uniformizando a temática, evitando assim a sujeição da Defensoria Pública e, conseqüentemente, do assistido, às interpretações antagônicas dos Órgãos do Poder Judiciário.

¹⁰ In: <<http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inoid=191&sid=146>>

2.2 ASPECTOS FORMAIS DA CARTA PRECATÓRIA CRIMINAL

A vulnerabilidade processual se manifesta com ênfase nos processos atinentes às cartas precatórias criminais que, com frequência, são instruídos de forma insuficiente.

A título ilustrativo, imagine-se a carta precatória para oitiva de testemunha/acusado que contém tão somente a denúncia. Como o Defensor Público irá formular as perguntas sem possuir prévio conhecimento de eventuais depoimentos prestados no processo originário e até mesmo a linha defensiva traçada na resposta à acusação? De qual forma é possível o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa no Processo Penal, quando o juízo deprecante deixa, *verbi gratia*, de enviar cópia da própria denúncia para o juízo deprecado?

Evidente que o processo padece de nulidade, eis que há violação a direito fundamental básico ao contraditório e à ampla defesa. A esse respeito, note-se que o artigo 354 do vetusto Código de Processo Penal é omissivo em relação aos documentos essenciais que devem compor a precatória. Malgrado a lacuna legislativa no referido Código, é de todo possível aplicar por analogia o art. 202, §1º, do Código de Processo Civil, sempre requerendo as peças imprescindíveis para o exercício da defesa, sejam elas quais forem.

Nesse diapasão, AURY LOPES JÚNIOR leciona que a comunicação dos atos processuais “são todos instrumentos a serviço da eficácia dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Não se pode mais pensar a comunicação dos atos processuais de forma desconectadas do contraditório, na medida em que, como explicamos anteriormente, é ele o direito de ser informado de todos os atos desenvolvidos no iter procedimental”¹¹.

¹¹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 737

Cumpra observar que em determinados estados¹², a fim de contornar a lacuna legislativa processual, o Poder Judiciário regulamenta os aspectos formais das cartas precatórias criminais, o que é digno de elogios. Neste particular, é evidente que o ato normativo jamais poderá restringir as peças de forma a vulnerar a ampla defesa e, por conseguinte, o direito dos hipossuficientes.

De qualquer sorte, a análise acerca da vulneração dos direitos do assistido, em uma primeira oportunidade, cabe à Defensoria Pública e não ao Poder Judiciário, porquanto aquela é a Instituição que exerce a defesa técnica constitucional do assistido, o que demonstra ser a mais apta para equacionar o que é e o que não é imprescindível para o exercício da ampla defesa.

Assim, dúvidas não há de que cabe ao Defensor Público suscitar questão de ordem no afã de requerer a suspensão do ato processual para que os autos sejam devidamente instruídos em tempo hábil, reverenciando, dessa forma, o devido processo legal e os consectários do contraditório e ampla defesa.

2.3 DA INEFICIÊNCIA DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO NO PROCESSO PENAL: A ABSOLUTA AUSÊNCIA DE CONTATO COM O RÉU

Demonstração ecoante da dificuldade de acesso à Defensoria Pública está evidenciada, de forma incontestável, na maioria dos casos em que a Defensoria Pública é intimada para apresentar resposta à acusação no Processo Penal, mormente nas inúmeras hipóteses em que o réu está preso.

É nessa peça processual, de evidente importância, que o acusado pode suscitar preliminares, bem como alegar qualquer matéria que possa interessar à sua defesa, além de ser o momento processual adequado para

¹² A esse respeito, ver o art. 293 do Código de Normas da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

arrolar testemunhas. De tão essencial, o legislador tornou a resposta à acusação peça obrigatória, prevendo que em caso de inércia do acusado, deve a Defensoria Pública ser intimada para apresentá-la.

Ocorre que, intimada a Defensoria Pública, normalmente o contato com o acusado resta inviabilizado, seja diante da ausência de estrutura, seja em decorrência da agigantada demanda.

Na prática, a resposta à acusação – uma das mais importantes peças processuais em prol da defesa –, transmuda-se em mera formalidade, funcionando como singela peça de indicação de testemunhas, quando muito.

Algumas práticas cotidianas tentam contornar a problemática, mas ainda se mostram por demais incipientes. Um exemplo é constar do mandado de intimação do acusado a determinação para que o oficial de justiça indague ao réu se possui testemunhas, bem como qual o seu telefone (quando não estiver preso). Outro exemplo é a relativização do momento processual para indicação de testemunhas, com a aceitação da oitiva de testemunhas em banca, ainda quando não arroladas no momento legalmente previsto, o que inúmeras vezes não é admitido pelo órgão julgador, mormente quando há manifestação contrária do Ministério Público, o que se verifica com indesejável frequência, vergastando a ampla defesa. As técnicas, portanto, são paliativas auto-ilusórias. Deveras, o acusado continua sem ter o devido acesso à Defensoria Pública, restando vulnerado, como dito, seu direito à ampla defesa.

Inovações são de rigor. A implantação da audiência de custódia ¹³ – já prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos –, atenuaria, sem sombra de dúvidas, a problemática, porque haveria o contato pessoal *ab*

¹³ “Consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão”. In.: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>

ovo entre o Defensor Público e o assistido. No mesmo sentido, os pedidos de requisição de presos para apresentação na Defensoria Pública devem ser atendidos pelas autoridades do Sistema Penitenciário e, bem assim, quando necessário, deferidos pelo Poder Judiciário, que deve ser sensível à situação de vulnerabilidade processual. De igual importância, por fim, é a certificação nos mandados de intimação para constar o endereço e telefone da Defensoria Pública Estadual, com a advertência de comparecimento.

2.4 PROCESSO VIRTUAL E OS DÉFICITS DO SISTEMA: DA INADMISSIBILIDADE DA EVOLUÇÃO DA TÉCNICA QUANDO EM DETRIMENTO DO DIREITO

São notórios a evolução e os constantes avanços na área tecnológica, o que se evidencia em vertiginosa velocidade, impossibilitando o adequado acompanhamento pela sociedade.

Também é sabido e ressabido que para que o Sistema Jurídico Nacional funcione de forma satisfatória – é o que se objetiva, conquanto o ideal esteja em dimensão diversa e longínqua da nossa –, torna-se necessário o acompanhamento da tecnologia, sob pena de inviabilizar as demandas existentes, porquanto sempre crescentes e a cada momento mais complexas.

Malgrado a evolução configurar o único logradouro a ser percorrido, é imperioso que o progresso da tecnologia não restrinja ou suprima a evolução no campo do direito.

Depreende-se, então, que não é possível violação a regras e princípios básicos em nome da evolução.

Ocorre que, conquanto lugar-comum a constatação supramencionada, a prática vem revelando inúmeras burlas às normas vigentes, verificando-se que, em situações peculiares, a evolução da tecnologia atrelou-se indevidamente ao retrocesso do direito.

É o que vem ocorrendo, em alguns estados, com a intimação do

Defensor Público. Alguns entes federativos procederam a chamada *virtualização dos processos*, consistindo na eliminação dos autos físicos, passando a documentação processual a constar apenas do sistema virtual. Sucede que em alguns locais, como acontece, *exempli gratia*, no estado do Acre, o Defensor Público é intimado e com a numeração do processo pode acessar o sistema virtual, para se manifestar nos autos processuais. No entanto, apesar de poder consultar o processo, visualizando os documentos que o integram, não tem o Defensor Público acesso aos áudios e vídeos porventura constantes do sistema.

Noutros termos, o sistema possibilita a visualização processual, mas apenas de forma parcial, impossibilitando o Defensor Público de ouvir os áudios ou de visualizar os vídeos que deveriam estar disponíveis no sistema.

Semelhante deficiência faz com que o Defensor Público, para ter efetiva carga dos autos, tenha que buscar o cartório judicial para obter os áudios e vídeos, o que indubitavelmente viola a norma que prevê a intimação pessoal com carga dos autos ao Defensor Público, além de dificultar o contraditório e a ampla defesa. Exsurge mais uma face da vulnerabilidade processual.

A situação se agrava em algumas comarcas interioranas, como ocorre em Cruzeiro do Sul/AC, em que parte dos juízes entende que é o Defensor Público quem deve levar o CD ou pen-drive para gravar os áudios e vídeos, deixando de fornecê-los, o que desvirtua todo o sistema vigente. Ou seja, além de não estarem disponíveis no sistema virtual os áudios e vídeos, ainda se tenta fragilizar a Defensoria Pública obrigando a Instituição a fornecer material físico, suprimindo obrigação que deve ser do Poder Judiciário.

Essa falha possui reflexos de significativa monta na seara processual, pois a depender do entendimento, pode ocasionar modificações expressivas

na contagem do prazo processual, o que é de grande relevo para a Defensoria Pública, diante da desmedida demanda processual e do infundável contingente de hipossuficientes que carece do devido atendimento pela Defensoria Pública.

Nessa tessitura, entendemos que, enquanto não houver a intimação com a devida carga dos autos para o Defensor Público – e aqui é forçoso apreender que a carga dos autos deve ser completa e não parcial, abrangendo áudios e vídeos –, não terá início a contagem do prazo processual, pois, apesar da intimação, inexistiu a devida carga.

E não se queira argumentar que a carga parcial é suficiente para fazer decorrer o início do prazo processual, pois o devido processo legal não permite semelhante interpretação, além do que esse entendimento terminaria por vulnerar, ainda mais, os direitos das pessoas hipossuficientes.

Repise-se à exaustão: o início do prazo processual para o Defensor Público só se verifica quando devidamente intimado, com carga dos autos, o que abrange tanto áudios quanto vídeos.

Ad argumentandum tantum, cabe realizar a ilustrativa indagação: é possível considerar o Defensor Público intimado para apresentar Alegações Finais ou algum recurso – iniciando-se o decurso do prazo processual –, ainda que lhe seja dado acesso, de forma virtual, apenas a parte do processo, sem que constem os vídeos das audiências realizadas? Retumba ecoante a réplica: por ululante que não, sob pena de solar violação ao devido processo legal, fragilizando a defesa e prejudicando, em primeira e última análise, os hipossuficientes.

De outro bordo, há inúmeras outras violações com a *virtualização processual*, algumas de maior repercussão, outras de menor gravidade, mas todas hábeis a dificultar o acesso dos hipossuficientes aos órgãos do Judiciário, agravando a vulnerabilidade.

Com o processo virtual, muitos Tribunais passaram a admitir o envio de petições apenas pelo meio virtual, o que para muitos evidencia notória *vexata quaestio*, por impossibilitar o peticionamento físico. No entanto, não é essa a crítica que se faz no momento, mas sim a forma de preenchimento para o envio de petições. O sistema virtual exige para o envio de petições iniciais o preenchimento de diversos dados da parte requerente, além do seu nome, como data de nascimento, CPF, endereço, CEP, dentre outros, atravancando o peticionamento, sobrecarregando a Defensoria Pública e transformando a assistência ao hipossuficiente em uma prestação mais deficitária, pois o Defensor Público ao invés de realizar atendimentos e elaborar petições, é coagido a consumir parte do já escasso tempo preenchendo dados cartorários para o envio de petição.

Cuida-se, em verdade, de indevida e abusiva transferência de serviços do Poder Judiciário para a Defensoria Pública, uma vez que o preenchimento dos dados no sistema virtual é função do Judiciário e não de Defensoria Pública, já que a legislação vigente exige a observância pelo peticionante dos requisitos da petição inicial, o que já consta da peça enviada e não o preenchimento de dados no sistema de peticionamento.

Em análise superficial e incipiente, os argumentos alinhavados podem aparentar de anódina tessitura axiológica; nada obstante, um maior exame faz concluir o inegável: o Defensor Público envia, semanalmente, dezenas de petições iniciais, e quando é obrigado a preencher dados do sistema de peticionamento para poder enviar a petição (formalmente perfeita), consome significativa parte do tempo que teria para fazer atendimentos e elaborar as respectivas peças processuais, sendo obrigado a restringir a assistência prestada aos hipossuficientes, vulnerando assim o acesso dos hipossuficientes à Defensoria Pública. Tamanho prejuízo, como alhures mencionado, decorre da indevida e arbitrária transferência de obrigações do Poder Judiciário para a Defensoria Pública, o que não há como perdurar.

Agravando a situação, percebe-se com indesejada frequência que em incontáveis ocasiões o sistema virtual, deficitário, impossibilita o peticionamento, exigindo, por exemplo, a colocação do CPF do requerente, em casos de ação de registro tardio de nascimento, ou do CEP, mesmo quando em local incerto a pessoa. Tais problemáticas, em decorrência da indevida inversão já sobejamente mencionada, recaem sob a Defensoria Pública e, por conseguinte, sob o hipossuficiente.

Robusteça-se o que já afiançado, a evolução tecnológica é uma passagem sem volta, porém necessária, mas não se deve admitir que em nome da evolução da técnica, seja o direito e as normas vigentes relegadas ao segundo plano. Isso sim, é inadmissível.

2.5 DO DÉFICIT NA QUANTIDADE DE DEFENSORES PÚBLICOS E OS CONSEQUENTES REFLEXOS PROCESSUAIS E EXTRAPROCESSUAIS

Empreende-se, nesse tópico, imperativa abordagem acerca da insuficiência do número de Defensores Públicos nos estados da federação, bem como de funcionários de apoio, o que reflete nos hipossuficientes de forma direta e indireta.

Primeiramente, a escassa quantidade de Defensores Públicos Estaduais provoca, em vários municípios, o que denominamos de *desertificação assistencial*, em que milhares de pessoas necessitadas deixam receber o devido atendimento e, indefesas, se submetem a arbitrariedades ou sucumbem diante da cotidiana burla aos seus mais basais direitos.

Noutros municípios, efetivamente há um Defensor Público, mas sua atuação é delimitada pela ausência de estrutura física ou pela carência de um corpo de funcionários capacitado. Nesses casos, não há a *desertificação assistencial*, pois existe um Defensor na localidade; no entanto, o déficit em sua atuação é inegável, pois a agigantada demanda, associada à míngua de funcionários e à deficiência de estrutura, sobrecarrega o Defensor

Público, reduzindo a qualidade do trabalho produzido, além de impossibilitar o atendimento acertado de todos os hipossuficientes que dele necessitam.

Verifica-se, portanto, duas conjunturas: na primeira, não há Defensor Público na localidade; na segunda, há Defensor Público, mas sua atuação é faticamente cingida diante dos inúmeros entraves existentes. Em uma ou em outra situação, a intersecção é a mesma: o hipossuficiente vê-se prejudicado, com poucas possibilidades de solucionar seus problemas, o que aumenta sua vulnerabilidade, desestruturando, em última análise, a sociedade.

Urge assentar que com a reforma da Carta Maior, a tendência é que os interiores sejam preenchidos por Defensores Públicos, mas essa perspectiva – deveras, determinação Constitucional! –, só será possível com a criação de mais cargos, pois o número insuficiente de Defensores Públicos é uma realidade em quase todos os estados¹⁴ do país.

Enquanto o comando Constitucional não se concretiza, dezenas de milhares de pessoas são lesadas diariamente; algumas têm a liberdade tolhida e, sem a possibilidade de buscar amparo na Defensoria Pública, permanecem encarceradas de forma indevida, por mais tempo que o devido; outras, enfermas, são submetidas às omissões abusivas do Poder Público e, sem o auxílio da Defensoria Pública, fenecem diante do descaso retumbante e nocivo. Em maior ou menor grau, todos sofrem.

À luz dos argumentos apontados, ecoa solar a urgência no aparelhamento da Defensoria Pública, criando-se uma estrutura física consentânea com as necessidades da Instituição, ampliando-se o número de Defensores Públicos e expandindo-se a quantidade de funcionários,

¹⁴ Em Sergipe, por exemplo, a Comissão dos Aprovados no Concurso para o cargo de Defensor Público Substituto do Estado de Sergipe do ano de 2012, elaborou um Mapa da Defensoria Pública, em que se constata que em Sergipe a Defensoria Pública está presente em apenas 21,6% das Comarcas, sendo também possível se extrair a necessidade da criação de 79 novos cargos de Defensor Público, objetivando adequado atendimento aos hipossuficientes (Disponível em <http://www.defensoria.se.gov.br/wp-content/uploads/2013/09/Mapa_Defensoria.pdf>. 26/08/2014)

objetivando com isso cumprir o disposto na *Carta Altior*, assegurando e respeitando os direitos dos hipossuficientes.

3 CONCLUSÃO

A Defensoria Pública objetiva assistir pessoas necessitadas que, apesar de privadas de seus mais basais direitos, persistem nos trilhos da esperança, arrogando à Instituição fidúcia na resolução de seus problemas. Outorgam à Defensoria Pública o destino de suas vidas, visualizando-a como o último instrumento capaz de por fim às suas aflições, sejam sociais ou econômicas.

Conquanto as expectativas dos hipossuficientes suplantem quaisquer barreiras, a verdade é que no universo fático a esperança e a realidade ainda habitam dimensões distintas e longínquas.

Não se descarta que a última década foi próspera para a Defensoria Pública, no aspecto da efetiva aproximação da Instituição à adequada *dignitatis* que lhe é Constitucionalmente reconhecida e assegurada. No entanto, assim como as expectativas dos hipossuficientes e a realidade fática estão em confins diversos, a distância entre o atual e o ideal acerca da Defensoria Pública treveja ainda abissal.

À luz de tais constatações, a consequência é a burla constante de direitos dos hipossuficientes, muitos dos quais sequer chegam ao conhecimento do Defensor Público, seja diante da ausência de Defensor na localidade, seja em decorrência da excessiva demanda, associada à contumaz e danosa limitação de recursos e de estrutura, representando verdadeira *cifra negra* de hipossuficientes com direitos vulnerados e sem o devido atendimento.

Noutro diapasão, percebe-se o empenho grandioso da maioria dos Defensores Públicos, o que diuturnamente contribui para o fortalecimento da Defensoria Pública e, como corolário lógico iniludível, diminui a detestável *cifra negra* acima mencionada, proporcionando aos hipossuficientes a

amortização de suas vulnerabilidades, quando não as extirpando por completo.

Por tudo que foi exposto, objetiva-se que “a descrença da população na justiça e o sentimento de que ela funciona apenas para os ricos, ou antes, de que ela não funciona, pois os ricos não são punidos e os pobres não são protegidos”¹⁵, diminua em apressada marcha, por intermédio da atuação constante dos Defensores Públicos no deslinde dos problemas cotidianos que tanto atormentam os necessitados.

4 REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo Caminho**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 215.

DIDIER, Fredie. **Cláusulas Gerais Processuais**. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/pdf/clausulas-gerais-processuais.pdf>. Acesso em 26 de junho de 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini, **Assistência Judiciária e Acesso à Justiça**, in *Novas Tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2ª ed., 1990, p. 246.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 737

LOPES JR. Aury. **Audiência de Custódia**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>. Acesso em 21 de agosto de 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**, cit., p. 303.

¹⁵ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo Caminho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 215.

DO “PECULIAR INTERESSE” AO “INTERESSE LOCAL”: A CONTRIBUIÇÃO DO ART. 30, I, DA CRFB/88, NA MUNICIPALIDADE BRASILEIRA

Márcia Regina Zok da Silva¹

RESUMO: O Município Brasileiro e seus interesses intrínsecos é o tema cerne do presente Trabalho, cujo plano de fundo está nas diversas conotações assumidas por tal instituto ao longo da História Constitucional de nosso País, as quais se encontram combinadas com o modelo de federalismo ora adotado. O ponto de partida de tal desenvolvimento reside nas municipalidades no Brasil Colônia e se estenderá até os dias atuais, contexto no qual o Município brasileiro, então parte da Estrutura Federalista, encontra-se vinculado a princípios como a Subsidiariedade. A partir desse ponto, observa-se a mudança de paradigma existente, ao constatar-se que o termo “peculiar interesse”, até então presente ao longo das Constituições anteriores, na condição de sinônimo de “assuntos peculiares”, passa a receber uma carga semântica diversa da até então tida, através do termo incorporado à redação do art. 30, I, da CRFB/88, o “interesse local”.

PALAVRAS-CHAVE: Município. Subsidiariedade. Competência Comum. Interesse Local. Dignidade da Pessoa Humana.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Brasil Colônia – Introdução histórica do surgimento do município. 3. O município na vigência da constituição de 1824. 4. O “peculiar interesse” municipal na primeira república: A constituição de 1891. 5. A constituição de 1834 e a adaptação do modelo de federalismo: Influência na municipalidade. 6. A constituição de 1937 e o município. 7. A teoria municipalista na constituição de 1946. 8. A supressão dos interesses do município na constituição de 1967, incluindo a EC 01/69.

¹ Márcia Regina Zok da Silva é bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

9. A mudança de paradigma das municipalidades na constituição cidadã: de “peculiar interesse” para “interesse local”. 10. Conclusão. 11. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho possui por escopo a apresentação de um panorama geral (sem intenções de esgotar o assunto proposto) acerca de um instituto ao qual, embora existente desde o período colonial de nossa História, ainda não lhe é dado o devido valor: está-se falando da autonomia local, representada, ora pelo termo “peculiar interesse”, quando de sua origem, ora pelo termo “interesse local”, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante CRFB/88. A exposição das nuances da Forma de Estado Federal, assumidas por nosso País por ocasião de cada uma das oito Constituições – federalismo pendular - será de vital importância para um completo entendimento da proposta deste trabalho, visto que alternam períodos de abertura e fechamento os quais tiveram influência direta na autonomia do ente local. Para fins de ilustração, será feita a análise de um Agravo de Instrumento envolvendo a ACEL (Associação Nacional das Operadoras Celulares) e o Município de Porto Alegre, cujo objeto consistia em um suposto conflito da Lei Municipal N° 8896/02, com a Lei Geral de Telecomunicações – Lei Federal N° 9.472/97, e outros diplomas legais; tal Agravo não restou exitoso, pois, dentre os seus fundamentos, estão a Subsidiariedade e o Interesse Local, os quais, mediante argumentação jurídica, justificaram porque o interesse local deveria ser a premissa maior neste caso concreto, afastando a regra da Lei Geral de Telecomunicações. Ao final da exposição, de forma a trazer a compreensão do porquê da mudança de paradigma nas municipalidades, nas quais o chamado “peculiar interesse” – termo constante até a Carta Magna de 1967/1969, na condição de sinônimo de assuntos intrínsecos ao ente local – passa a figurar na Constituição atual como “interesse local”, tentar-se-á definir se este conceito é mais amplo, mais restrito ou se

equivalente àquele.

2 O BRASIL COLÔNIA – INTRODUÇÃO HISTÓRICA DO SURGIMENTO DO MUNICÍPIO

O ponto de partida das municipalidades está no período colonial de nossa História, o que se deu cerca de 30 anos após o Descobrimento. Contudo, tal estrutura político-administrativa consistia em uma espécie de transplante das instituições de Portugal. A sistematização da supracitada estrutura, conforme assinala Cezar Saldanha², foi instituída por meio do Regimento de 1548 e era constituída por três níveis de poder: o central, soberano, centralizado nos moldes do Estado Nacional Moderno; o regional, constituído pela divisão em Capitanias, sistema pouco efetivo – por razões as quais serão adiante expostas; e o local, representado pelos Municípios (Cidades e Vilas), organização transladada do modelo de Portugal e aqui implantada pelas Ordenações portuguesas.

Dessa forma, é possível vislumbrar que à Metrópole portuguesa não interessava as aspirações dos povoados locais das terras sul-americanas, comunidades as quais – apesar da relativa autonomia experimentada em algumas franquias – restaram, na maior parte do período, paralisadas diante do centralismo das Capitanias Hereditárias e dos Juizes de Fora, sendo que esses últimos se constituíam em uma espécie de mandatários dos interesses da Coroa Portuguesa. Dessa maneira, apesar de existir um relativo grau de autonomia, não havia “peculiar interesse” ou “interesse local”, da forma como hoje conhecemos, em relação aos vilarejos e cidades então existentes, visto que era Portugal quem decidia quais competências cabiam ao Município.

A presença desses magistrados na política local – segundo Francisco Ribeiro da Silva - constituiu-se em uma tentativa, por parte da Corte Portuguesa, de sufocar as liberdades municipais, providência a qual restou -

em parte - bem sucedida, na medida em que, para o Juiz de Fora, nada do que interessasse à gestão municipal lhe era estranho. Sendo um magistrado de carreira, empenhava-se, logicamente, mais em defender os interesses e objectivos do Poder central do que em preservar as liberdades municipais.³ Esses magistrados, aqui representados pela percepção de um de seus representantes, se viam perante a municipalidade colonial como uma espécie de mandatários da Coroa Portuguesa. Esse entender é sintetizado na fala de Jorge da Silva Mascarenhas, um desses magistrados: “ministro de sua magestade e asy sogeito as suas ordens e mandados para os executar e fazer executar”.⁴

Apesar do controle que a Metrópole exercia sobre o Município, devido à necessidade, esse ente acabou por superar o centralismo das Capitânias, ao se auto-incumbir de um rol de atribuições - por meio das Posturas e das Franquias - as quais se referiam a todo tipo de assunto: desde a fixação de impostos até a destituição de Governadores Gerais de suas funções, situações as quais, muitas vezes, chegaram a serem discutidas em “juntas”, ou seja, em Assembleias nas quais contava com a participação popular quando das deliberações.⁵ Contudo, o advento da Lei Regulamentar de 01/10/1828, já no Brasil Império, suprimiu a autonomia das Câmaras, conferindo-lhes caráter meramente administrativo.⁶

3 O MUNICÍPIO NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1824

Com a Constituição Imperial, em 1824, de início a estrutura política em nada se alterou, visto que a Carta assegurava às Câmaras Municipais a administração local, conforme dispõe o texto do art. 167.⁷ No entanto, em

² SOUZA JÚNIOR, **Constituições ...**, p. 16-17.

³ SILVA, Francisco Ribeiro da. Autonomia municipal e centralização do poder durante a União Ibérica: o exemplo do Porto. **Revista da Faculdade de Letras**. História, Porto, v. 4, 1987. p. 139.

⁴ AHMP. Cofre. L. 5. fls nn (Assento de 02/03/1621). (Ibid. p. 139).

⁵ MEIRELLES, **Direito municipal...** p.34-35.

⁶ MEIRELLES, op. cit., p. 35.

⁷ Art. 167. Em todas as Cidades, e Villas ora existentes, e nas mais, que para o futuro se

1828, uma Lei Regulamentar, a chamada Lei das Câmaras, cassou a pouca autonomia local de até então, de maneira a transformar as Municipalidades em simples divisão territorial⁸. Durante o Período Regencial, na tentativa de contornar a crise política existente e conceder maior autonomia aos Municípios, foi promulgado o Ato Adicional, Lei N° 16, de 12 de agosto de 1834, providência a qual, no entanto, restou inexitosa, diante da subordinação direta dos Municípios às Assembleias Provinciais, fato o qual acabou por limitar o tratamento dispensado às questões locais (franquias).

Tavares Bastos, de orientação federalista, entende que a supressão da referida autonomia municipal não teve como causa única o Ato Adicional - diploma o qual atrelou os assuntos locais ao âmbito de atuação das competências geral e provincial - mas também a influência do que ele chama de vício da uniformidade,⁹ advinda por meio da Lei das Câmaras. Com a Lei de 1º de outubro de 1828, Tavares Bastos sustenta que houve uma espécie de engessamento do modelo de Município, o qual passou então a compreender um só tipo para todas as circunscrições locais do País, de maneira a desprezar suas diversidades: eram as chamadas leis regimentais¹⁰.

A Lei de Interpretação do Ato Adicional – Lei 105, do ano de 1840 - tentou corrigir estas restrições, concedendo – para não dizer restituindo – algumas dessas franquias antes suprimidas pela Lei das Câmaras, ao Município. Porém, não houve êxito, visto que as circunscrições locais de então eram ainda desprovidas de Poder Executivo Próprio, além de continuarem na condição de assunto interno das Províncias às quais

crearem haverá Camaras, ás quaes compete o Governo economico, e municipal das mesmas Cidades, e Villas.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 33-34.

⁹ BASTOS, Aureliano Cândido Tavares. **A província: estudo sobre a descentralização no Brasil**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1870. p. 143.

¹⁰ Ibid., p. 150.

pertenciam, conforme texto do art. 10º do citado diploma legal, §§ 4º ao 7º,¹¹ situação a qual perdurou durante o restante do segundo Império brasileiro.

4 O “PECULIAR INTERESSE” MUNICIPAL NA PRIMEIRA REPÚBLICA: A CONSTITUIÇÃO DE 1891

A Proclamação da República, promovida no ano de 1889, e consequente promulgação da Constituição, ocorrida em 1891, consistem no próximo ponto da evolução histórica do instituto central do presente trabalho. Com a República, houve a adoção do chamado Federalismo de Competição - modelo tipicamente norte-americano – Forma de Estado a qual influenciou negativamente a municipalidade brasileira, visto que foi uma estrutura imposta de cima para baixo, pois foi por uma decisão política e não fruto da necessidade¹², visto não surgir via deliberação comum. Apesar da expressa previsão do art. 68¹³, da Constituição de 1891, cujo texto concedia aos Municípios, autonomia para cuidar de assuntos de seu “peculiar interesse”, não houve uma descentralização propriamente dita, em virtude de dois fatores: a continuidade das velhas estruturas políticas e o

¹¹ Art. 10º: Compete às mesmas Assembléas legislar:

§4º Sobre a polícia e economia municipal, precedendo proposta das Câmaras.

§5º Sobre a fixação das despesas municipaes e provinciaes, e os impostos sobre ellas necessários, com tanto que estes não prejudiquem às imposições geraes do Estado. As Câmaras poderão propor os meios de occorrer às despesas dos seus municípios.

§6º Sobre repartição da contribuição directa, pelos municípios da Província, e sobre a fiscalisação do emprego das rendas públicas provinciaes e municipaes, e das contas da sua receita e despeza.

As despesas provinciaes serão fixadas sobre orçamento do presidente da provincia, e as municipaes sobre orçamento das respectivas câmaras.

§7º Sobre a criação, suppressão e nomeação para os empregos municipaes e provinciaes, e estabelecimento dos seus ordenados.

São empregos municipaes e provinciaes todos os que existirem nos municipios e provincias, á excepção dos que dizem respeito á arrecadação e dispendio das rendas geraes, á administração da guerra e marinha, e dos correios geraes ; dos cargos de presidente de provincia, bispo, commandante superior da guarda nacional, membro das relações e tribunaes superiores, e empregados das faculdades de medicina, cursos jurídicos e academias, em conformidade da doutrina do § 2 deste artigo.

¹² ÁVILA, Marta Marques. **O município frente ao federalismo na Argentina e no Brasil.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005. p. 56.

¹³ Art 68 - Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.

forte coronelismo existente.

Esse modelo de Forma de Estado então transladado possuía uma peculiaridade, a qual viria a repercutir na doutrina constitucional desse período, a saber, a referência expressa, no texto, à autonomia municipal¹⁴, premissa cristalizada no texto do art. 68 da Carta de 1891. O supracitado dispositivo veio a concretizar a revogação da Lei das Câmaras, de maneira a conceder às ex-Províncias¹⁵ a competência para que essas pudessem estabelecer parâmetros gerais acerca da configuração estrutural dos Municípios – segundo os cânones do tipo de Federalismo ora adotado – de maneira que as municipalidades pudessem tratar de seus assuntos conforme o seu peculiar interesse. Verifica-se que, na origem, a intenção do Constituinte de 1891 foi a de retirar da competência do ente regional a deliberação no tocante aos assuntos locais das circunscrições, limitando esses mesmos Estados-membros a estabelecer apenas os parâmetros gerais de organização. Na prática, porém, tal procedimento restou mal sucedido, a ponto de João Camilo de Oliveira Torres expressar o entendimento de que a Carta de 1891 não entrou em vigor.¹⁶

Nesse contexto, a competência municipal era delegada pelos Estados-membros às municipalidades de maneira implícita¹⁷ por meio de estatuto básico ou lei ordinária, de forma que é possível entender que as franquias eram concedidas às circunscrições locais de maneira assimétrica, ou seja, de acordo com o interesse do Estado-membro, em virtude da prerrogativa concedida pela Constituição, no sentido de criar, suprimir,

¹⁴ SOUZA JÚNIOR, **Constituições ...**, p. 40.

¹⁵ Nesse sentido se encontra o art. 2º da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de Fevereiro de 1891:

Art 2º - Cada uma das antigas Províncias formará um Estado e o antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte.

¹⁶ TORRES, João Camilo de Oliveira. **Interpretação da realidade brasileira**: introdução à história das idéias políticas no Brasil. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1969. p. 249.

¹⁷ COOLEY, Thomas. A treature on the constitucional limitations. apud MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federal, 2005. p. 663-664.

estabelecer e alterar limites ou até mesmo, anexar Municípios.¹⁸ Assim, o Estado brasileiro - até então Unitário¹⁹ - com a República passou a ser Federal, e o modelo ora transplantado – o Norte-Americano – foi implantado por decisão política²⁰, desconsiderando a realidade das instituições de nosso País, visto que a União concedeu competências desacompanhadas da respectiva ajuda financeira para o trato adequado e eficiente de tais funções.

Destarte, restou às municipalidades adaptarem-se por conta própria a fim de que pudessem tratar de seus assuntos conforme seu peculiar interesse. A referida adaptação, a saber, o coronelismo, atenta a alguns elementos e, predominantemente, ao sistema de voto vigente até então, os quais, conforme expõe Victor Nunes Leal²¹, já se faziam presentes em nossa estrutura desde o Brasil Colônia e Império, sendo que esses citados elementos eram definidos como o conjunto de convenções, praxes, convenções e expedientes costumeiros.²² Desses, a doutrina concede especial atenção ao voto, porquanto não existia ainda a Justiça Eleitoral; assim, era possível a manipulação do processo de eleição, nos três planos (local, regional e nacional), de maneira a garantir um resultado – no plano local - o qual estivesse em conformidade com os interesses daquele Município. Destarte, apesar do sufrágio universal masculino, introduzido com a Lei Saraiva em 1889,²³ a política coronelista exercia influência de forma a conduzir o resultado das eleições.

O surgimento do coronelismo foi resultado da diversidade de

¹⁸ Ibid., p. 665.

¹⁹ A doutrina também chama de Estado Unitário Descentralizado. (FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 53).

²⁰ FERREIRA, Aloysio Nunes. Desafios atuais do federalismo no Brasil. In: HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José Mário Brasileiro. **Federalismo na Alemanha e no Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 51.

²¹ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975. p. 254.

²² SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e constitucionalismo no Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 79.

²³ BONAVIDES, **A constituição...**, p. 363.

interesses peculiares que caracterizavam os Municípios, circunscritos às quais eram historicamente imbuídas de forte tradição autonomista²⁴, fato o qual, no entender de Bonavides, constituía-se em um forte hábito, senão uma realidade.²⁵

5 A CONSTITUIÇÃO DE 1934 E A ADAPTAÇÃO DO MODELO DE FEDERALISMO: INFLUÊNCIA NA MUNICIPALIDADE

A Constituição de 1934 destacou-se por adaptar o modelo de Federalismo à realidade brasileira, por meio da adição de pressupostos de cooperação, os quais ainda estavam sob contornos de caráter autoritário. Tal ajuste influenciou decisivamente no que tange aos interesses do Município, passando este a experimentar uma autonomia que até então não tivera. A contribuição da Carta de 1934 reside principalmente na concessão, ao âmbito local, da prerrogativa de gerência de suas finanças, na forma do art. 13, II.²⁶ Assim, o peculiar interesse da municipalidade desse período passou a estar atrelado à autonomia tributária (§ 2º, incisos I a V, art. 13)²⁷ e à eletividade do Chefe do Poder Executivo local (§ 1º, mesmo artigo)²⁸.

A referida técnica de ajuste, denominada competência prioritária, também conhecida como competência privativa, ou ainda, concorrente,²⁹ primava pela divisão da matéria em níveis de gerência, de maneira a preservar sempre o *Reich* (a União) na condição de ente superior perante

²⁴ Ibid., p. 363.

²⁵ Ibid., p. 363.

²⁶ Art 13 - Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; e especialmente:

II - a decretação dos seus impostos e taxas, a arrecadação e aplicação das suas rendas;

²⁷ § 2º - Além daqueles de que participam, *ex vi* dos arts. 8º, § 2º, e 10, parágrafo único, e dos que lhes forem transferidos pelo Estado, pertencem aos Municípios:

I - o imposto de licenças;

II - os impostos predial e territorial urbanos, cobrado o primeiro sob a forma de décima ou de cédula de renda;

III - o imposto sobre diversões públicas;

IV - o imposto cedular sobre a renda de imóveis rurais;

V - as taxas sobre serviços municipais.

²⁸ § 1º - O Prefeito poderá ser de nomeação do Governo do Estado no Município da Capital e nas estâncias hidrominerais.

os *Länder* (os Estados-membros), sendo que a estes entes cabia legislar tão somente na hipótese de o ente nacional não exercer essa prerrogativa. Consequentemente, firma-se o entendimento de que essa técnica restringiu o poder dos entes regionais em prol da esfera nacional.³⁰ Aplicado no federalismo brasileiro, o referido procedimento adquiriu contornos extremamente autoritários³¹, dada a centralização promovida pela União, a qual ocorrera à custa da compressão das autonomias dos Estados-membros, como uma tentativa de evitar os problemas ocorridos em 1891.

Como consequência imediata, as Assembleias Legislativas Estaduais foram ignoradas na sua condição de instituições.³² Ainda assim, verifica-se que com a promulgação da nova Carta, iniciou-se a paridade entre normativismo e realidade, expostos no período anterior, de maneira a tornar a Constituição Jurídica e a Constituição Real uma só Carta.

Tal mudança de paradigma, segundo Sílvia Faber Torres, ocorreu por meio da adição da ideia de cooperação³³ aos clássicos princípios federativos de autonomia e de participação. O Federalismo de 1934 assentava-se no surgimento das competências concorrentes, consubstanciada em uma técnica vertical de repartição, de maneira que ao Município foi possível a União delegar o trato de assuntos de seu peculiar interesse, desde que condicionada à observância de normas gerais editadas pelo ente federal.³⁴ Dessa forma, depreende-se que não houve substituição propriamente dita de técnicas, mas sim a adoção de mais de um tipo de

²⁹ ALMEIDA, **Competências ...**, p. 49.

³⁰ *Ibid.*, p. 50.

³¹ Nesse sentido, afirma Paulo Bonavides: “[...] é de índole centralizadora e compressiva das autonomias estaduais, vulnera o princípio democrático e ignora as casas do Congresso e as Assembleias dos Estados-Membros como instituições do poder, com as quais o cidadão mais de perto se sente identificado e sobre as quais deposita a mais alta parcela de confiança.” (BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 434.

³² BONAVIDES, **A constituição aberta...**, p. 434.

³³ TORRES, Sílvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 219-220.

³⁴ ALMEIDA, **Competências...**, p. 55-56.

procedimento ao já existente, de maneira a não suprimir as competências enumeradas e remanescentes, mas apenas acrescentar-lhes a competência concorrente - mescla de técnicas a qual se faz presente até hoje – com isso abrindo espaço para ações conjuntas entre União, Estados e Municípios.³⁵ Assim, a ideia de Cooperação pretendida pelo Constituinte de 1934 é de conotação diversa da ideia dos moldes atuais, em virtude da não figuração do Município na estrutura federalista e da concomitante necessidade de observância por parte dele aos parâmetros redigidos pelas esferas federal (não nacional, como se explicará oportunamente) e estadual.

Contudo, apesar do reconhecimento constitucional de um campo de autonomia própria aos Municípios³⁶, essas circunscrições permaneceram na condição de instituição interna dos Estados-membros.

6 A CONSTITUIÇÃO DE 1937 E O MUNICÍPIO

A concentração de poderes nas mãos do Executivo e a conseqüente cassação da autonomia municipal consistiram nas principais características da Carta Magna de 1937, cuja redação sofrera profunda influência da Carta Constitucional da Polônia de 1933. Tal retrocesso, segundo a opinião da doutrina dominante, aqui representada por Hely Lopes Meirelles, ocorreu à custa da colocação de interventores nos Estados, cujo interesse suprimia toda e qualquer soberania municipal, visto que eram esses interventores quem nomeavam o Prefeito, conforme o art. 27³⁷, apesar da manutenção do texto do art. 26³⁸, dispositivo o qual assegurava autonomia local quanto aos assuntos de peculiar interesse.

O contexto de tal período determinou que o Estado brasileiro, embora teoricamente federado, na prática fosse Unitário. No tocante ao Município, o

³⁵ SOUZA JÚNIOR, **Constituições...**, p. 47.

³⁶ ALMEIDA, **Competências ...**, p. 42.

³⁷ Art 27 - O Prefeito será de livre nomeação do Governador do Estado.

³⁸ Art 26 - Os Municípios serão organizados de forma a ser-lhes assegurada autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e, especialmente:

referido autor entende que no regime de 1937, as municipalidades foram menos autônomas se comparadas às do centrismo imperial, porque, na Monarquia, os interesses locais eram debatidos [...].³⁹ Dessa forma, resta claro o entendimento de que houve cassação da autonomia das municipalidades, percepção ainda corroborada pelo Decreto-Lei Federal 1202 de 08/04/1939, instrumento normativo o qual substituiu a Lei Orgânica dos Municípios, dada a elevação do Interventor à condição de órgão da Administração do Estado⁴⁰, fato o qual terminou por cassar a pouca autonomia municipal existente até então.

Assim, depreende-se que a forma federativa foi apenas nominal, a qual foi posteriormente abolida pelo Decreto Lei nº 1202, de 8 de abril de 1939. Tal dispositivo legalizou a forma de Estado Centralizada (ou Unitária), fato o qual, na prática, já vinha ocorrendo, apesar da previsão do art. 3º.⁴¹ Machado Paupério⁴² considera que a Constituição de 1937 não teve vigência nos Estados-membros e Municípios, pois essas esferas não foram por ela contempladas. Tal decreto era uma espécie de Lei Orgânica Unificada, dada a uniformidade imposta no concernente à auto-organização dos âmbitos regional e local. A fiscalização centrou-se na União, sendo exercida pelo Interventor – em nível regional – e pelos Conselhos de Administração, às municipalidades.

7 A TEORIA MUNICIPALISTA NA CONSTITUIÇÃO DE 1946

O Município voltou a adquirir independência no trato das matérias de

³⁹ MEIRELLES, *Direito municipal...*, p. 33-34.

⁴⁰ LOUREIRO, José Sansão. **O “impeachment” dos executivos nomeados no direito constitucional brasileiro.** Artigo Disponível em: http://64.233.169.104/search?q=cache:_tfVujbXvCkJ:calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/8772/6088+decreto+lei+1202+de+1939+leis+org%C3%A2nicas+municipios&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=9&gl=br > Acesso em: 10 jan 2008.

⁴¹ Art 3º - O Brasil é um Estado federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. É mantida a sua atual divisão política e territorial.

⁴² PAUPÉRIO, Arthur Machado. **O município e seu regime jurídico no Brasil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 66.

finanças e de eletividade, com o advento do art. 28, inciso II, alínea “a”⁴³, e inciso I,⁴⁴ – salvo situação prevista no § 2º⁴⁵ - respectivamente, da CF de 1946. Com a entrada de um Federalismo de Cooperação (Democrático) de contornos diversos do modelo até então experimentado no qual o autoritarismo era a pedra de toque, o Município passou a ser prestigiado como nenhuma Constituição até então o fizera.⁴⁶ Esse prestígio ocorreu à custa da concessão ao Município de autonomias política, administrativa e financeira, cumuladas com mudanças significativas no tocante ao instituto da Intervenção Federal, previsto no art. 7º, VII, alínea “e”, da Constituição de 1946,⁴⁷ de modo a viabilizar o surgimento da Teoria do Estado Municipalista.⁴⁸

O modelo de repartição de competências⁴⁹, implantado em 1934 foi o que deu sustentabilidade à restauração do Federalismo. Seguiu-se a técnica mesclada de outrora, mediante a (re) implantação de competências enumeradas à União, de remanescentes aos Estados-membros, e da concorrente preenchendo de maneira supletiva e complementar o trato de determinadas matérias, estas últimas mediante Lei Complementar - autorizada pela União. Vide que as competências concorrentes não legislativas ainda não haviam sido introduzidas nesse período.

Em nível local, a autonomia é (re) estabelecida através do texto do

⁴³ Art 28 - A autonomia dos Municípios será assegurada:

II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente, a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas;

⁴⁴ Art 28 - A autonomia dos Municípios será assegurada:

I - pela eleição do Prefeito e dos Vereadores;

⁴⁵ § 2º - Serão nomeados pelos Governadores dos Estados ou dos Territórios os Prefeitos dos Municípios que a lei federal, mediante parecer do Conselho de Segurança Nacional, declarar bases ou portos militares de excepcional importância para a defesa externa do País.

⁴⁶ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 59.

⁴⁷ Art 7º - O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios:

e) autonomia municipal;

⁴⁸ OLIVEIRA, Yves de. **Curso de direito municipal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 69.

art. 28:

Art 28 - A autonomia dos Municípios será assegurada:

I - pela eleição do Prefeito e dos Vereadores;

II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente,

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas;

b) à organização dos serviços públicos locais.

§ 1º - Poderão ser nomeados pelos Governadores dos Estados ou dos Territórios os Prefeitos das Capitais, bem como os dos Municípios onde houver estâncias hidrominerais naturais, quando beneficiadas pelo Estado ou pela União.

§ 2º - Serão nomeados pelos Governadores dos Estados ou dos Territórios os Prefeitos dos Municípios que a lei federal, mediante parecer do Conselho de Segurança Nacional, declarar bases ou portos militares de excepcional importância para a defesa externa do País.

Nesse contexto está a Teoria do Estado Municipalista⁵⁰, cujo pressuposto reside no caráter de descentralização do Estado Federado em três graus: Nacional (União), Regional (Estados-membros) e Local (Municípios). Defendida por doutrinadores do porte de Pontes de Miranda, autor o qual já naquele período vislumbrava o município na condição de entidade intra-estatal rígida como o Estado-membro,⁵¹ modelo peculiar de três esferas já vislumbrado por Cezar Saldanha desde o período colonial brasileiro.⁵² Complementando o raciocínio supra exposto por Cezar Saldanha, Ataliba Nogueira afirma que, consoante o sistema da atual Constituição Política, o município não é mera circunscrição subordinada: tem ele personalidade política, e é autônomo em face do Estado federado e da União.⁵³

No entanto, cabe salientar que tal autonomia não era, pela referida Teoria, concebida como conflitante perante a esfera imediatamente superior, mas sim, de forma complementar e supletiva a ela: assim, garantir-

⁴⁹ ALMEIDA, **Competências...**, p. 57.

⁵⁰ OLIVEIRA, Y., **Curso de direito...**, p. 69.

⁵¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947. p. 486.

⁵² SOUZA JÚNIOR, **Constituições ...**, p. 17.

⁵³ NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba. **O município e os municípios na Constituição Federal de 1946**. São Paulo: Departamento Estadual de Informações, 1947. p. 20.

se-ia o bem da sociedade.⁵⁴ Levi Carneiro expõe o supracitado entendimento, afirmando que a autonomia provincial e a municipal não são incompatíveis, antes se completam.⁵⁵ Ao Município era permitido editar leis, desde que o objeto dessas não extrapolasse matéria de sua competência privativa.

Dessa forma, a Teoria do Estado Municipalista defendia, de acordo com Yves de Oliveira, a capacidade da circunscrição local, através da autonomia delineada na Carta Magna, conceder a si mesma uma lei fundamental, resguardados os axiomas da União.⁵⁶ No entanto, careciam ainda as municipalidades de auto-organização, visto que o art. 15 da Constituição somente lhes confere o *self-government* (com a eletividade dos Prefeitos) e a auto-administração. No Estado do Rio Grande do Sul, já havia tal capacidade de auto-organização, visto que cada Município já nesse período dispunha de Carta Orgânica própria. Porém, tal lei estava condicionada aos estreitos limites permitidos pela Constituição do Estado.⁵⁷ Dessa forma, percebe-se que o *self-government* local era distinto dos moldes atuais.

8 A SUPRESSÃO DOS INTERESSES DO MUNICÍPIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1967, INCLUINDO A EC 01/69

O Regime de 1967, próximo ponto da exposição histórica, é entendido, pela maior parte da doutrina, na condição de um Estado de Direito sob um ponto de vista formal, pois, na prática, o poder encontrava-se praticamente centralizado no ente federal.⁵⁸ A justificativa para a citada percepção reside no texto das alíneas “a” e “b” do § 1º, do inciso II,⁵⁹ do

⁵⁴ OLIVEIRA, Y., **Curso de direito...**, p. 75.

⁵⁵ CARNEIRO, Levi. **Problemas municipais**. Rio de Janeiro: Alba, 1931. p. 35.

⁵⁶ OLIVEIRA, Y., **Curso de direito...**, p. 76-77.

⁵⁷ SILVA, J. A., **O prefeito...**, p. 22.

⁵⁸ ÁVILA, Marta Marques, **O município...**, p. 61.

⁵⁹ Art 16 - A autonomia municipal será assegurada:

I - pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores realizada simultaneamente em todo o País, dois anos antes das eleições gerais para Governador, Câmara dos Deputados e

artigo 16, da Constituição de 1967. Esses dispositivos conflitam com o inciso I⁶⁰ do mesmo artigo. A colocação de Interventores nos Estados suprimiu a autonomia municipal, pois as peculiaridades locais, ainda que formalmente previstas na 2ª parte do caput do art. 15⁶¹, restaram sujeitas ao interesse do Chefe do Executivo Nacional, poder o qual se refletia na discricionariedade dos interventores estaduais e no repasse de recursos financeiros em áreas pré-definidas pela União, através do chamado Fundo de Participação dos Municípios.

A conjuntura política que se desenhou no final dos anos 60 influenciou diretamente a história do Município brasileiro, por meio da adoção de um novo modelo de Federalismo, o qual centrava na União a maior parte das competências, deixando pouquíssimo (senão nenhum) espaço de autonomia aos Estados-membros e Municípios. Apesar da nova redação do art. 15, incisos I e II⁶², dada pela EC 01/69 conceder à municipalidade relativa autonomia, na prática houve supressão de poder da esfera estadual para a federal, de maneira que a gerência de competências era meramente formal. Tal entendimento fundamenta-se no § 1º, alíneas

Assembléia Legislativa;

II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse, especialmente quanto:

§ 1º - Serão nomeados pelo Governador, com prévia aprovação:

- a) da Assembléia Legislativa, os Prefeitos das Capitais dos Estados e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual;
- b) do Presidente da República, os Prefeitos dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional, por lei de iniciativa do Poder Executivo.

⁶⁰ I - pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores realizada simultaneamente em todo o País, dois anos antes das eleições gerais para Governador, Câmara dos Deputados e Assembléia Legislativa;

⁶¹ Art 15 - A criação de Municípios, bem como sua divisão em distritos, dependerá de lei estadual. A organização municipal poderá variar, tendo-se em vista as peculiaridades locais.

⁶² Art. 15. A autonomia municipal será assegurada:

I - pela eleição direta de prefeito, vice-prefeito e vereadores, realizada simultaneamente em todo o País, em data diferente das eleições gerais para senadores, deputados federais e deputados estaduais;

II - pela administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, especialmente quanto:

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; e

“a” e “b”⁶³ do referido artigo, as quais podaram a autonomia eletiva, ao estabelecerem a competência da União para a nomeação dos prefeitos das Capitais e dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional.⁶⁴

9 A MUDANÇA DE PARADIGMA DAS MUNICIPALIDADES NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ: DE “PECULIAR INTERESSE” PARA “INTERESSE LOCAL”

É chegada a hora de reinterpretarmos a Federação brasileira à luz da prioridade da pessoa e dos entes mais próximos a ela. Nessa perspectiva o Município vem antes do Estado e da União. E o Estado, antes da União. A distribuição das competências deve seguir um caminho que sobe do fundamento, as pessoas e os municípios, para as instâncias mais elevadas e abstratas.⁶⁵

Nas palavras do professor Cezar Saldanha, inicia-se a explanação da mudança de paradigma que viria a marcar a Carta de 1988. O Município, preterido pelos Constituintes de até então, passa a possuir status de ente federado, ganhando papel de destaque na estrutura político-administrativa brasileira, incumbido pela Carta, das chamadas competências locais, estas concretizadas por meio do art. 30, I do citado diploma legal: Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local;

O panorama histórico encerra-se com a promulgação da Constituição de 1988 e cede lugar para o último plano do presente Trabalho, trazendo os parâmetros atuais do municipalismo brasileiro, de maneira a compor um cenário no qual o Município consta na condição de ente federado, com

b) à organização dos serviços públicos locais.

⁶³ § 1º Serão nomeados pelo Governador, com prévia aprovação:

a) da Assembléia Legislativa, os Prefeitos das Capitais dos Estados e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual;

b) do Presidente da República, os Prefeitos dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional, por lei de iniciativa do Poder Executivo.

⁶⁴ MEIRELLES, **Direito municipal...**, p. 40.

⁶⁵ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. Autonomia municipal e subsidiariedade: competência constitucional do município. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre, n. 20, nov. 2006. p. 19.

competências expressas ao longo dos nove incisos⁶⁶ do art. 30, da CRFB/88. Analisar-se-á de que maneira a expressão peculiar interesse passou a figurar como interesse local no inciso I⁶⁷ do art. 30 do referido diploma legal, assim como a significação desse termo - sob um ponto de vista teleológico – bem como a relação da supracitada expressão com o Princípio da Subsidiariedade.

Tal Princípio está fundamentado sob a égide do Federalismo de Cooperação, cuja pedra de toque está nas competências concorrente - também chamada de competência suplementar - e comum – essa entendida como a grande inovação do sistema de repartição, tratado no Anteprojeto da CRFB/88, também chamada de Comissão Afonso Arinos e se encontra fundamentada no precedente do art. 10⁶⁸ da Carta de 1934, dispositivo cujo correspondente reside no texto do art. 23⁶⁹ da CF atual, que tem por base

⁶⁶ Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

⁶⁷ Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

⁶⁸ Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:

I - velar na guarda da Constituição e das leis;

II - cuidar da saúde e assistência públicas;

III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte;

IV - promover a colonização;

V - fiscalizar a aplicação das leis sociais;

VI - difundir a instrução pública em todos os seus graus;

VII - criar outros impostos, além dos que lhes são atribuídos privativamente.

⁶⁹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o

os pressupostos da Constituição da República Federativa da Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949.

A citada técnica foi exposta de maneira a viabilizar a desconcentração de poderes em mãos da União, concretizando assim os pressupostos do Federalismo Cooperativo de caráter Democrático, mediante a criação de uma esfera comum de competências material e legislativa como instrumento adequado a propiciar a alteração gradual do modelo.⁷⁰ A Subcomissão dos Municípios, por sua vez, coloca a questão do concomitante repasse de recursos junto ao ente local, o qual passou a possuir as competências referidas no Anteprojeto da União.

Esta nova modalidade de competência – comum – bem como a sua forma de repartição entre as três esferas, é de suma importância para a perfeita compreensão do significado do termo interesse local, visto que a autonomia municipal encontra seu limite nos interesses dos Estados-membros (Regional) e União (Nacional). Ao cabo, restou definido um Federalismo de novos contornos, cuja palavra de ordem passou a ser a Democracia. O modelo instituído na Constituição de 1988 é de viés

patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

⁷⁰Trecho do Relatório da Subcomissão da União. (ALMEIDA, op. cit., p. 66).

cooperativo, tal qual o modelo instituído na República Velha, porém de bases diversas, pois dela se distingue no modo de repartição das competências e, principalmente, na introdução de uma nova, a saber, a Comum, entre as esferas, com força nos doze incisos do art. 23⁷¹, e mediante parâmetros definidos via Lei Complementar - § único⁷² do mesmo diploma legal.

Tal modelo de Federalismo é dito Cooperativo Democrático, pois⁷³ diferencia-se do Autoritário substancialmente pelo rol de competências enumeradas ao ente central – União: naquele, há um extenso número de matérias as quais passaram à batuta de Estados-membros e Municípios, estes últimos agora entes da Federação brasileira. O de viés autoritário tinha concentrada na esfera federal a maioria das matérias, de forma a inviabilizar um diálogo entre os demais entes. Por isso, era chamado de Autoritário. Para Paulo Bonavides, essa nova técnica concretiza os fundamentos do Estado Democrático de Direito, aspirados pela nova Constituição promulgada, pois nela o Direito é peça fundamental. A

⁷¹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

⁷² Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

⁷³ BONAVIDES, **A constituição...**, p. 435.

juridicidade do relacionamento do poder federal com os poderes estaduais, sob a égide da Constituição Federal, elimina o autoritarismo, fazendo a confiança e solidez do sistema na consciência dos governados.⁷⁴

Os conflitos advindos dessa zona de competência comum entre as três esferas da estrutura federalista brasileira serão a seguir expostos através de um exemplo jurisprudencial, cujo objeto estava no conflito entre uma lei local (do Município de Porto Alegre) com a Lei Geral de Telecomunicações (Federal) o qual será analisado sob a luz de princípios como a Subsidiariedade e a Proporcionalidade.

Como exemplo concreto está o acórdão emitido pelo Tribunal de Justiça do RS, o Agravo de Instrumento de número 70011663564, datado de 24/08/2005, cujo objeto consistia no conflito de competência entre a União – ACEL, Associação Nacional das Operadoras Celulares - e o Município de Porto Alegre, respectivamente agravante e agravado da peça interposta perante a Primeira Câmara Cível, acerca das restrições impostas pela supracitada lei municipal às torres de telefonia celular.

Tais limitações afetam tanto a matéria de meio ambiente – competência comum, por força do art. 30, VIII⁷⁵, da CRFB/88, dispositivo o qual remetia ao inciso VIII do art. 24⁷⁶, da Carta Magna – quanto a de telecomunicações – competência exclusiva da União, por força do inciso XI do art. 21⁷⁷ do mesmo diploma legal. Em 2005, as operadoras de telefonia móvel receberam uma notificação que objetivava a remoção imediata de suas ERB's (Estações Rádio Base) de Porto Alegre, sob o embasamento de

⁷⁴ Ibid., p. 435.

⁷⁵ Art. 30. Compete aos Municípios:

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

⁷⁶ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

⁷⁷ Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

que a permanência delas conflitava com dispositivos da Lei Municipal 8896/02. Interpondo recurso de agravo, a referida Instituição alegou que a citada lei municipal conflitava com artigos do CDC – Lei Federal 8078/90, o Código de Defesa do Consumidor – com a própria Constituição Federal, com a Lei Geral de Telecomunicações – Lei Federal 9472/97 - além de desconsiderar exigências da ANATEL, sem, contudo, restar exitosa.

Destarte, tal questão se faz complexa, em virtude da matéria de telecomunicações, de manejo exclusivo do ente nacional na sua condição de soberano e aqui representada pelas torres de telefonia celular, conter efeitos no plano concreto que remetem à matéria de legislação ambiental – essa, por sua vez, de competência comum às três esferas, dada a disposição do texto do art. 23, VI, da Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

O conflito em comento pressupõe a ausência de uma premissa maior previamente fornecida. É impossível estabelecer qual bem ocupa tal posto, sem analisar as especificidades do caso cerne. Uma decisão a qual pretenda combinar os elementos de legalidade e de justiça deverá ser obtida mediante rigorosa racionalidade e argumentação, sob pena de se afastar da tábua de valores vigente, ou seja, dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, expressos no art. 1º⁷⁸ da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como em seu preâmbulo.⁷⁹ A doutrina chama a

⁷⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁷⁹ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para

tal processo de raciocínio por dedução, dada a ausência da premissa maior anteriormente fornecida. A Ementa a seguir transcrita expõe tal entendimento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. RESTRIÇÕES IMPOSTAS POR LEI MUNICIPAL, QUANTO ÀS TORRES DE INSTALAÇÕES DE ESTAÇÕES DE RÁDIO BASE - ERBS. A Lei Municipal n. 8896/02 não afronta a competência legislativa privativa da União, pois trata de matéria referente à ocupação de solo urbano, sendo condizente com a competência legislativa municipal prevista no art. 30, I e VIII da CF e estando de acordo com o art. 74 da Lei Federal n. 9472/97. Ademais, a pretensão da agravante esgota o objeto da ação, contrariando o disposto no §2º do art. 273 do CPC. PRELIMINAR REJEITADA, À UNANIMIDADE. AGRAVO DESPROVIDO, POR MAIORIA.⁸⁰

Na supracitada Ementa percebe-se o critério do interesse local – em sua forma subsidiária – como justificativa para a manutenção da competência no âmbito de atuação desse ente, no tocante à matéria que envolve a autorização para a instalação das Estações de Rádio Base, no âmbito da esfera municipal. Aqui vislumbramos o viés suplementar do Princípio da Subsidiariedade, visto que a Lei Federal 9.472/97, ou seja, a Lei Geral de Telecomunicações, em seu art. 74⁸¹, reconhece o espaço de atuação da legislação local, dispositivo esse que, combinado com o § 2º do art. 6º⁸² da Lei Federal 6938/91, diploma o qual trata da Política Nacional do

instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

⁸⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 70011663564. Relator: Luiz Felipe Silveira Difini. Julgado em: 24 ago. 2005.

⁸¹ Art. 74. A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos.

⁸² Art 6º - Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

Meio Ambiente, autoriza o Município a atuar legislativamente, quando da elaboração de normas de tutela ao Meio Ambiente. Tal entendimento foi recepcionado pela Resolução Nº 237/97 do CONAMA, instrumento o qual regula o licenciamento ambiental, de forma a suplementar os parâmetros gerais fornecidos pela lei 6.938/91.

Contudo, faz-se necessário salientar que o caráter suplementar da Subsidiariedade deverá observar critérios predefinidos, sob pena de o ato restar desprovido de Eficácia e, conseqüentemente, não atender aos cânones do bem comum. No caso em comento, o acórdão supracitado foi elaborado segundo um fundamento embasado em argumentação indutiva⁸³, cuja característica está na indefinição da premissa maior, a qual precisou ser construída, segundo as especificidades da questão *in concreto*. François Rigaux⁸⁴ chama esse método de *Rechtsfortbildung*, cuja tradução aproximada está em “construir o direito”. Aplicada à questão da autonomia municipal, entende-se que o *decisum* em epígrafe adotou a referida técnica, de maneira a agregar ao texto da parte dispositiva postulados acessórios os quais lhe concedessem o caráter de legitimidade.

A técnica explanada pela decisão em comento considerou, quando da sua elaboração, três pontos essenciais,⁸⁵ os quais consistem em subpostulados ao Princípio da Proporcionalidade: adequação, necessidade da medida e proporcionalidade em sentido estrito⁸⁶, além de considerar quesitos tais como a coerência entre os argumentos explanados e a coesão

§ 1º - Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaborarão normas **supletivas e complementares** e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA. (grifei).

§ 2º - Os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas mencionadas no parágrafo anterior.

⁸³ MCCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 129.

⁸⁴ RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 154.

⁸⁵ MCCORMICK, **Argumentação...**, p. 133-134.

⁸⁶ AVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. rev e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 160-161.

desses com uma tábua de valores vigente. O objeto do acórdão soluciona um conflito de Princípios, senão de bens, logo, tal decisão deverá refletir características de legitimidade e de legalidade, concomitantemente, de forma a fazer justiça entre as partes, solucionando o conflito e respeitando a autonomia do ente local, além de ser utilizada como parâmetro para casos futuros.

Assim, torna-se de interesse local impor, para a instalação das torres de telefonia móvel, leis cujo objeto esteja no cumprimento de quesitos tais como a licença ambiental e o uso de determinada faixa de radiação, de modo a adequá-las à realidade do município, sem que isso signifique a violação de princípios de maior magnitude, visto que não afronta a competência legislativa privativa da União, pois trata de matéria referente à ocupação do solo urbano⁸⁷, concernente ao interesse local.

A necessidade⁸⁸ de promulgação da citada lei municipal está na constatação de que, dentre os entes da Federação, o local se faz o mais eficaz e apto na imposição de medidas que visem à ocupação do solo urbano atendendo à função social, em virtude de consistir na esfera mais próxima ao cidadão e suas necessidades. Assim, conclui-se que é possível aproximar o critério em comento com os postulados constitucionais da Eficiência e da Subsidiariedade, de maneira a determinar no caso concreto que o Município consiste no ente mais habilitado a legislar acerca de tal assunto, com o máximo de Eficiência em tal ato. Dessa forma, as limitações impostas pela lei municipal em questão não se fazem violadoras a diplomas federais. A proporcionalidade em sentido estrito⁸⁹ engloba a ideia de coesão da lei em comento com os cânones do Estado Democrático de Direito, de forma a fazer coexistir a autonomia do município com as disposições de lei federal.

⁸⁷ Ementa do Acórdão 70011663564, texto já transcrito na página 73.

⁸⁸ AVILA, op. cit., p. 171-172.

⁸⁹ AVILA, **Teoria dos princípios ...**, p. 174-175.

10 CONCLUSÃO

Diante do exposto, reflete Cezar Saldanha: Nem tudo é interesse local. Além o interesse local há interesses ultra-locais. Além do interesse local vem, a seguir, o interesse estadual, que começa onde aquele cessa. Além do interesse estadual, situa-se o interesse nacional, que inicia onde acaba este segundo nível de interesses.⁹⁰

O painel histórico mostrou que a autonomia municipal evoluiu de um rol predefinido, engessado, de tratamento a determinadas matérias, para um amplo leque de competências, as quais têm na Subsidiariedade seu critério definidor, senão sua premissa maior. Assim, reconhecer a autonomia do ente municipal consiste em um perfeito diálogo entre o Direito e a Política, de forma a fazê-los coexistirem sem, contudo, sobreporem-se um ao outro. Os assuntos da municipalidade, os quais, até a promulgação da Constituição brasileira de 1988, estavam alocados dentro das suas respectivas esferas estaduais como jurisdição delas, adquiriram nuance própria, em virtude da chegada dos princípios que regem a Administração Pública, expressos no caput do art. 37 da Carta.

No plano do Direito, é possível dizer que os assuntos das comunidades locais transcendem ao âmbito dos Estados-membros aos quais pertencem, visto que podem com eles conflitar no tratamento de determinada matéria, bem como com a União, sem restarem inválidas⁹¹; contudo, deve-se atentar para que restem ao menos vinculadas a um liame de Soberania à esfera nacional, devendo observar os parâmetros gerais por ele ditados, sob pena de desligamento da tábua vigente de valores e, conseqüentemente, adquirirem um viés inconstitucional. A Política, por sua vez, concretiza os postulados constitucionais, em plano local, adaptando-os

⁹⁰ SOUZA JÚNIOR, **Autonomia municipal e subsidiariedade: competência constitucional do município**. Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, Porto Alegre, n. 20, nov. 2006. ..., p. 19.

⁹¹ KELSEN, **Teoria...**, p. 433-434.

às necessidades dos municípios, de forma que estas não conflitem com as leis da comunidade total.⁹²

Nesse contexto, o inciso I do art. 30 da nossa Constituição, assim como o inciso III, do art. 1º, do mesmo diploma legal exercem papel mediador de tais necessidades, visto que as delimitam segundo as particularidades de cada comunidade local⁹³, sem que ocorra a sobreposição de competências entre essas e a comunidade central⁹⁴. À Administração Pública Municipal é vedada a elaboração de decretos ou leis os quais agridam dispositivos da esfera nacional, sob pena de serem desprovidos dos postulados do caput do art. 37 de nossa Carta e, como consequência, de coesão a um plano maior, ou seja, à tábua de valores vigente - no Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o plano local não pode ignorar os valores vigentes, pois a Constituição ver-se-ia destituída de sua força normativa – vinculatividade.⁹⁵ Assim, entende-se que a autonomia municipal possui um *rol* mínimo de observância, o qual está expresso na Carta Constitucional, no inciso III do art. 1º, não se limitando, portanto, ao plano da coerência quanto às leis e decretos emitidos – dimensão política – mas também deverá observar os preceitos de um plano maior – dimensão jurídica – ou seja, demonstrar coesão à tábua vigente.

A autonomia municipal, positivada na expressão “interesse local”, encontra-se calcada em tais pressupostos, visto que é oriunda do pressuposto da dignidade da esfera municipal, a qual implica em autonomia a esse ente para o tratamento de seus assuntos, a qual, por sua vez, foi concretizada segundo a prerrogativa do inciso III do art. 1º da CRFB/88. A Dignidade da Pessoa Humana é o diferencial o qual faz com que o *Verfassungsstaat* não se restrinja a puros comandos de vontade,⁹⁶ tal como

⁹² *Ibid.*, p. 434.

⁹³ *Ibid.*, p. 434.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 434.

⁹⁵ HESSE, **A força...**, p. 15-16.

⁹⁶ SOUZA JUNIOR, *op. cit.*, p. 174.

é no *Rechtsstad*. Consequentemente, a autonomia do ente local pode fundamentar-se sob uma óptica teleológica, pois transcende às competências que lhe foram concedidas pela Constituição.

Destarte, fica o entendimento de Cezar Saldanha:

O nível mais elevado da política e do direito é o nível de maior serviço. Deve respeitar as autonomias e a dignidade dos níveis mais concretos e mais próximos da pessoa. Tem, sem dúvida, competência para orientar, para iluminar e até para corrigir. Mas não dispõe do poder de arrasar, patrolar, oprimir ou suprimir. Vem para servir e não para ser servida. Portanto o princípio da subsidiariedade está no Art. 1º, III, da Constituição. E dali ilumina toda a organização política e social do País, inclusive a ordem federativa.⁹⁷

11 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

AQUINO, Tomás de. Santo. **Suma teológica**. In: TEXTOS clássicos de filosofia do direito: publicação em Homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

ATALIBA, Geraldo. **Normas gerais de direito financeiro e tributário e autonomia dos estados e municípios**. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 10, 1967.

_____. **Regime constitucional e leis naturais e federais**. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 53-54, jan./jun. 1980.

AVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. rev e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

AVILA, Marta Marques. **O município frente ao federalismo na Argentina e no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade:**

⁹⁷ SOUZA JÚNIOR, *Autonomia...*, p. 18.

conceito e evolução. In: Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional – estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995.
BARZOTTO, Luís Fernando. **Amizade e justiça.** Porto Alegre: PUCRS, 2006.

_____. **A democracia na Constituição.** São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BASTOS, Aureliano Cândido Tavares. **A província: estudo sobre a descentralização no Brasil.** Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1870.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1989.

BUZAID, Alfredo. **O estado federal brasileiro.** Brasília: Ministério da Justiça, 1971.

CARNEIRO, Levi. **Problemas municipais.** Rio de Janeiro: Alba, 1931.

CARVALHO, Austricliano de. **Brasil Colônia e Brasil império.** Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1927.

CASTRO, Araújo. **A Constituição de 1937.** Brasília: Senado Federal, 2003.

CASTRO, José Nilo de. **Direito municipal positivo.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CONSTITUIÇÃO Política do Império do Brazil, de 25 de Março de 1824.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>

Acesso em: 31 jan 2008.

COSTA, Nelson Nery. **Curso de direito constitucional brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo municipal.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O município brasileiro**. Serra Negra, 1959.

FERREIRA, Aloysio Nunes. **Desafios atuais do federalismo no Brasil**. In: HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José Mário Brasiliense. **Federalismo na Alemanha e no Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira: Emenda No 1, de 17 de outubro de 1969**. São Paulo: Saraiva, 1972.

_____. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____._____. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FORTES, Amyr Borges; WAGNER, João Baptista Santiago. **História administrativa, judiciária e eclesiástica do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Globo, 1963.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Processos contemporâneos de elaboração das constituições**. Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro, v. 27, abr. 1984.

GEWEHR, Amália da Silveira. **A autonomia municipal na federação brasileira**. Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, Porto Alegre, n. 20, nov. 2006.

GODOY, Mayr. **A Câmara Municipal**. São Paulo: EUD, 1989.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____:_____. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo:

Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução Walter Stömer. Porto Alegre: Editorial Villa Martha, 1980.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil.** 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.

LOUREIRO, José Sansão. **O “impeachment” dos executivos nomeados no direito constitucional brasileiro.** Artigo Disponível em: < http://64.233.169.104/search?q=cache:_tfVujbXvCkJ:calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/8772/6088+decreto+lei+1202+de+1939+leis+org%C3%A2nicas+municipios&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=9&gl=br >
Acesso em: 10 jan 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891.** Brasília: Senado Federal, 2005.

MCCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MEDEIROS, Océlio de. **O governo municipal no Brasil: introdução ao estudo do municipalismo através das constituições.** Rio de Janeiro: IBGE, [s.d.].

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito municipal brasileiro.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946.** Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947.

NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba. **O município e os munícipes na Constituição Federal de 1946.** São Paulo: Departamento Estadual de Informações, 1947.

NUNES, José de Castro. **Do estado federado e sua organização municipal.** Rio de Janeiro: Leite Ribeiro e Maurílio, 1920.

OLIVEIRA, Andréia C. **Breve histórico sobre o desenvolvimento do**

lobbying no Brasil. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 42, n. 168, p. 29-44, out./dez. 2005.

OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes. **Subsidiariedade e administração municipal.** Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, n. 20, nov. 2006.

OLIVEIRA, Isabel Cristina Eiras de. **Estatuto da Cidade para Compreender.** Rio de Janeiro: IBAM/DUMA, 2001.

OLIVEIRA, Yves de. **Curso de direito municipal.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

OLIVEIRA TORRES, João Camilo de. **Interpretação da realidade brasileira: introdução à história das idéias políticas no Brasil.** Rio de Janeiro: José Olympio, 1969.

OLIVEIRA VIANNA, José Francisco de. **Instituições políticas brasileiras.** Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1949. v. 2.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. **O governo municipal na monarquia: geopolítica dos municípios.** Petrópolis, 1958.

_____. **O município e seu regime jurídico no Brasil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

PAZZINATO, Alceu Luiz; SENISE, Maria Helena Valente. **História moderna e contemporânea.** São Paulo: Ática, 1992.

PEREIRA, Magnus Roberto de Mello. **As posturas municipais e o controle do processo edificatório.** Monumenta, Curitiba, v. 2, n. 7, 1999.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Autonomia municipal no estado brasileiro.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 36, n. 142, 1999.

PREDIGER, Carin. **O município brasileiro e seu papel até 1988.** Revista Interesse Público, Porto Alegre, v. 5, n. 20, jul./ago. 2003.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O federalismo assimétrico.** São Paulo: Plêiade, 1998.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes.** Tradução Edmir Missio. São Paulo:

Martins Fontes, 2000.

SANTANA, Jair Eduardo. **Competências legislativas municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SCHWARTZ, Bernard. **El federalismo norteamericano actual**. Madrid: Civitas, 1993.

SILVA, Francisco Ribeiro da. **Autonomia municipal e centralização do poder durante a União Ibérica: o exemplo do Porto**. Revista da Faculdade de Letras. História, Porto, v. 4, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **O prefeito e o município**. Brasília: SERFHAU, 1970.

_____. **Constituciones Iberoamericanas: Brasil**. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1960> Acesso em: 09 jun. 2008.

SOBREIRA, Denise Barbosa. **A competência dos municípios em matéria ambiental**. Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, v. 6, n. 5, 1998.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Autonomia municipal e subsidiariedade: competência constitucional do município**. Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, Porto Alegre, n. 20, nov. 2006.

_____. **A crise da democracia no Brasil: aspectos políticos**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. **Consenso e constitucionalismo no Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

_____. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

_____. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Tese para concurso de professor titular apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da

Universidade de São Paulo.

_____. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes.** São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

TORRES, Carlos Alberto. **A repartição de competências no estado federal.** Boletim Informativo Ad Judicia, Juiz de Fora, N. 6, v. 1, 2005. p. 03.

Disponível em: <<http://64.233.169.104/search?q=cache:xc-92LCjddUJ:www.cejur.net/site/artigos-juridicos/artigos/luis-claudio-alves-torres/6.pdf+t%C3%A9cnica+horizontal+de+reparti%C3%A7%C3%A3o+de+compet%C3%A2ncias&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=6&gl=br>>. Acesso em: 22 fev 2008.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **A formação do federalismo no Brasil.** São Paulo: Nacional, 1958.

_____. **Interpretação da realidade brasileira: introdução à história das idéias políticas no Brasil.** Rio de Janeiro: J. Olympio, 1969.

TORRES, Sílvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WOLFF, Francis. **Aristóteles e a política.** Tradução Tereza Christina Ferreira Stummer, Lígia Araújo Watanabe. 2. ed. São Paulo: Discurso, 2001.

AS COOPERATIVAS MÉDICAS E O ACESSO À SAÚDE: POR UMA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Cibele Gralha Mateus¹ e

Bruno Prange Stiborski²

RESUMO: Este trabalho visa analisar as cooperativas médicas à luz da legislação constitucional e infraconstitucional vigente, com vista a demonstrar que as relações entre particulares também estão sujeitas aos efeitos irradiadores das normas de direitos fundamentais sociais. Apontaremos que o impedimento de inclusão de novos cooperativados, bem como da cláusula de exclusividade, além de ilegais, repercutem, em última análise, negativamente, na prestação da assistência à saúde. Para tanto, recorre-se à doutrina, à jurisprudência do STJ e à legislação nacional sobre o tema e se conclui que a realidade em muito se distancia do preconizado pela doutrina, aplicado pelo STJ e previsto na legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Vinculação particulares. Saúde. Cooperativas.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Vinculação dos particulares ao direito fundamental social à saúde na Constituição Federal Brasileira de 1988. 3. Da natureza jurídica da cooperativa e do princípio da adesão livre. 4. Planos de saúde e cooperativas: realidade local. 5. Da concorrência desleal. 6. Do posicionamento jurisprudencial do STJ a respeito do tema. 7. Conclusão. 8. Bibliografia

1 INTRODUÇÃO

A questão relativa ao direito à saúde ocupa, há muitos anos, local de

¹ Mestre em Direito pela PUC, Especialista em Processo Civil pela Ulbra, Bacharel em Direito pela PUC, Professora do Curso de Direito da Uniritter.

² Bacharel em Direito pela Ulbra, Conciliador Criminal.

destaque no cenário jurídico brasileiro. As dificuldades enfrentadas pelos cidadãos com a saúde pública brasileira é fato público e notório o que fez com que, aqueles que pudessem, fossem buscar alternativas junto a iniciativa privada tendo, como principal fornecedor de serviços de saúde, os Planos de Saúde. Ocorre, entretanto, que também os Planos de Saúde vem, cada vez mais, oferecendo serviços insatisfatórios aos seus clientes. Frente a esse quadro, necessário se faz, portanto, a análise da garantia do direito à saúde também na iniciativa privada e à luz dos preceitos constitucionais. Eis o desafio que nos propomos no presente.

2 VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

O direito à saúde, na órbita constitucional brasileira, encontra-se previsto no art.6º, dentro do rol dos direitos e garantias fundamentais. Mas não somente neste dispositivo. Ele é contemplado também nos arts. 5º, 7º, 22, 23, 24, 30, 34, 35, 37, 40, 167, 170, 182, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 208, 212, 220, 225, 227, 230, 231, da Constituição Federal de 1988, bem como nos arts. 17, 53, 55, 71, 74, 75, da ADCT.

Em que pese a farta normatização constitucional, essa não nos confere uma noção precisa do que seja saúde, razão pela qual se faz necessário alguns esclarecimentos.

O direito à saúde faz parte do rol dos direitos sociais, sendo estes vinculados à garantia do bem estar social das pessoas, devendo o Estado e os particulares os respeitarem e promoverem, comportando tanto uma dimensão positiva, quanto negativa. Possuem como núcleo a dignidade da pessoa humana (igualmente multidimensional), o que por si só já é, pelo menos, um indicativo de sua material fundamentalidade, prestando-se a garanti-la, ainda que sob alguns aspectos, bem como, também e em alguns casos, à liberdade, sem, entretanto, e por isso, resumir-se à ela.

Ademais, o conteúdo da saúde pode ser extraído da Lei Brasileira

8080/90 que dispõe sobre as condições para a sua promoção, proteção e recuperação, bem como sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, tanto no âmbito público como privado. Conforme esta lei, a saúde é direito fundamental do ser humano, cabendo ao Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (art.2º).

Vale ressaltar que o parágrafo 2º da referida lei acrescenta que o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade numa manifesta intenção de tornar co-responsáveis, com a promoção da saúde, aqueles que, em princípio, são os seus destinatários (isto se tomarmos apenas as pessoas físicas) e aqueles que se ocupam da saúde como profissão (aqui podemos incluir as pessoas jurídicas). Não poderia ser diferente, pois a Constituição Federal, em seu art. 199, prevê que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, podendo as instituições privadas participar de forma complementar ao sistema único de saúde.

Os arts. 22 e 23 da Constituição Federal cuidam das competências da União, dentro do Título referente à Organização do Estado, atribuindo aos entes federados competência comum no cuidado da saúde, muito embora seja de competência privativa da União legislar sobre a seguridade social, sendo que, concorrentemente (art.24) ao Estado e ao Distrito Federal, cabe legislar sobre a proteção e defesa da saúde.

Assim, inarredável que o direito a saúde encontra-se no ápice da hierarquia legislativa brasileira, vinculando tanto o Estado quanto os particulares, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, como é o caso da Ré.

As prestadoras de serviços médicos, ao adotarem a forma de cooperativa, trazem para si todas as características inerentes ao sistema cooperativo e, em razão, em especial, de seu objeto social, é co-partcipe na proteção e realização do direito à saúde, devendo buscar o máximo de sua efetivação.

Além disso, o legislador constituinte buscou apoiar e incentivar o

desenvolvimento do cooperativismo, dispondo no art. 174, § 2º da Carta Cidadã:

Art.174 - Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

O Estado, no uso de suas atribuições, aprovou a Lei 5764/71, recepcionada pela Constituição naquilo que não lhe contrariava, que regulamenta as cooperativas.

Toda esta normatização, com especial destaque ao art. 6º, não deixa dúvidas a respeito da fundamentalidade do direito à saúde, e que o mesmo gera diversos efeitos jurídicos.

O legislativo encontra-se vinculado, em sua atividade legiferante, no sentido de garantir leis que maximizem a norma constitucional. O Judiciário possui o dever de proteção devendo julgar os litígios que lhes são confiados à luz da disciplina constitucional. O executivo, por sua vez, deve desenvolver políticas públicas também no sentido de maximizar a realização deste direito.

E a sociedade? Estaria ela imune aos efeitos da norma constitucional? Cremos que não.

De pronto afirmaremos que reconhecemos que o grau de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é diverso daquele exigido do Estado e que a discussão a respeito da vinculação, por si só, redundaria em diversas laudas dada a sua complexidade. Além disso, também é sabido que há doutrina especializada sustentando pela impossibilidade desta vinculação quando se tratar de direitos sociais, como é o caso da saúde.

A despeito destas colocações, partiremos da premissa de que, respeitadas as devidas peculiaridades, o direito à saúde vincula os particulares (pessoas físicas e jurídicas) em razão de sua dimensão objetiva. Para Sarmento esta dimensão prende-se à aceitação de que nos

direitos fundamentais residem os “valores mais importantes de uma comunidade política”, penetrando em todo o ordenamento jurídico o que não significa dizer que estes direitos impliquem em um engessamento da sociedade, devendo, ao contrário, servir como catalizador. Na dicção de Sarlet, a dimensão objetiva possuiu um aspecto valorativo e efeitos jurídicos autônomos em relação à dimensão subjetiva. No que diz com o primeiro, trata-se do reconhecimento de um direito enquanto tal pela comunidade em que está inserido. Além disso, há, ainda, uma eficácia dirigente que estes desencadeiam não apenas relativamente aos órgãos estatais como, pelo menos de certa maneira, em relação aos particulares.

3 DA NATUREZA JURÍDICA DA COOPERATIVA E DO PRINCÍPIO DA ADESÃO LIVRE

O regime jurídico especial das cooperativas é estabelecido pela Lei n.º 5764/71, alterada pela Lei n.º 7231/84.

A Lei n.º 5764/ 71 adotou os conceitos utilizados do Decreto n.º 60597/67, tendo definido a cooperativa como sociedade de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados (art. 4º).

O art. 3º da referida lei traz as características básicas das cooperativas:

A ajuda mútua entre os associados;

Contribuição dos associados através de bens ou serviços revertidos para benefício comum;

A ausência da finalidade lucrativa.

Segundo Arnaldo Rizzardo,

Não se fixa um número máximo de sócios. A qualquer pessoa, desde que preencha os requisitos necessários, abre-se a oportunidade para associar-se. De modo especial, exigência incondicional está na pertinência do associado ao objeto e finalidade da cooperativa (...) Em princípio, admite-se o ingresso ilimitado de sócios, desde que satisfaçam os

interessados as exigências impostas e próprias para o tipo de sociedade. Há um direito subjetivo público em se associar (Direito de Empresa, 2ª edição, Forense, 2007, pp. 779/780).

Em precisa colocação:

A motivação para que pessoas se unam em torno de uma cooperativa vem do senso ético da solidariedade e da ajuda mútua. Trata-se de uma *affectiosocietatis* peculiar, não percebida em qualquer sociedade empresarial, que, invariavelmente, une pessoas que estudaram o mercado desejado de atuação, os seus concorrentes, passando a oferecer uma gama de produtos com os quais esperam auferir lucro. Ao contrário disso, na cooperativa pouco se olha para o mercado, pois sua organização é feita para atender aos próprios associados, seja por meio da organização de grupos de produção, de consumo ou mesmo para fins de concessão de crédito para os próprios cooperados. Assim, quando se formata uma cooperativa de crédito, não se faz pensando em competir com as taxas de juros praticadas pelas várias entidades financeiras existentes no mercado. A ideia é simplesmente permitir o acesso a crédito mais barato àqueles que se dispõem a comungar dos esforços e do sentido ético que inspiraram a criação da Cooperativa de Rochdale, no século XIX.

De acordo com o magistério de Waldirio Bulgarelli, a cooperativa é regida por diversos princípios, tais como: adesão livre, gestão democrática, distribuição do excedente, etc. No que diz com o presente trabalho, nos ateremos ao princípio da adesão livre, eis que guarda relação direta com o número de médicos que pode se cooperativar.

Tais princípios foram elencados pela Aliança Cooperativa Internacional (ACI) em 1937, além de juros limitados ao capital, neutralidade política e religiosa, etc. A consolidação dos princípios das cooperativas deu-se em 1995, no Congresso de Manchester. São eles: (a) *adesão livre e voluntária*; (b) *controle democrático pelos sócios*; (c) *participação econômica dos sócios*; (d) *autonomia e independência*; (e) *educação, treinamento e informação*; (f) *cooperação entre cooperativas* e (g) *preocupação com a comunidade*.

Desta forma, é característica intrínseca e inerente às cooperativas o livre ingresso de cooperados, vedada a fixação de um número máximo. Trata-se do que a doutrina denominou de “*princípio da porta aberta*”.

Para o supracitado autor Waldirio Bulgarelli, o princípio das portas abertas é um corolário da adesão livre. Vejamos: "Em rápida análise esses princípios assim se caracterizam: - A adesão livre desdobra-se em dois aspectos; a voluntariedade, pela qual não se admite que ninguém seja coagido a ingressar numa sociedade cooperativa, e o da porta-aberta, através do qual não pode ser vedado o ingresso na sociedade àqueles que preencham as condições estatutárias".

Mais adiante,

Havemos assim de insistir, desde logo, sobre o chamado princípio da ADESÃO LIVRE, pelo qual fica claro que ninguém é ou pode ser obrigado a ingressar numa cooperativa e que em o fazendo mais do que simplesmente se filiar a uma sociedade estará aderindo ao sistema e, portanto, comprometendo-se a "cooperar" com os demais associados para a consecução dos fins propostos pela cooperativa. Portanto, mais do que uma demonstração de 'affectio societatis' comum a todas as sociedades de pessoas - e a cooperativa é sem dúvida uma sociedade desse tipo - que já foi definida desde os clássicos, como "a vontade de colaboração ativa" também o espírito de cooperação, um grau a mais, portanto, a que Pontes de Miranda gostava de chamar de 'cooperatividade'.

Karina Omar, por sua vez, sustenta que:

O princípio da adesão livre e voluntária estabelece que o cidadão tenha liberdade para associar-se a uma cooperativa, desde que esteja apto e ciente de seus deveres, responsabilidades e direitos dentro da organização.

Assim, de acordo com o princípio da adesão livre, há liberdade em dois aspectos; primeiro ninguém será forçado a ingressar na cooperativa (voluntariedade) e, segundo, a ninguém será vedado o ingresso, desde que restem preenchidos os requisitos presentes no estatuto.

4 PLANOS DE SAÚDE E COOPERATIVAS: REALIDADE LOCAL

Responsáveis por boa parte dos processos que tramitam na Justiça, os planos de saúde continuam entre os serviços que mais deixam os consumidores insatisfeitos. Em relatório do PROCON divulgado em 2011, operadoras de assistência médica e odontológica aparecem entre as

empresas com maior número de reclamações. Negativa de cobertura ou dificuldade para marcação de consultas, exames e cirurgias, cancelamentos efetuados no momento da realização do procedimento, descredenciamento de estabelecimentos e de profissionais estão entre as principais queixas registradas.

No ranking do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, os planos também se destacam entre os serviços que geram maiores demandas. Eles lideraram a lista durante 11 anos consecutivos até 2011, quando, pela primeira vez, apareceram na segunda posição, com 16,02% dos casos. Entre as principais reclamações estão negativa de cobertura, reajuste de mensalidade, descredenciamento de profissionais e hospitais, dificuldade de fazer adaptação ou migração de contrato, cancelamento de contrato e demora para a realização de consultas e exames.

Tal situação é causada por uma multiplicidade de fatores, sendo praticamente impossível isolar um deles. Dentre estes fatores podemos apontar o aumento da demanda por parte da população por médicos conveniados sem, em contrapartida, aumentar o número destes profissionais de forma proporcional.

Atual, e exemplificativamente, determinada cooperativa médica atuante em Porto Alegre, tem cerca de 536 médicos conveniados na especialidade cirurgia geral e, no total, tem cerca de 412.913 consumidores em outubro de 2011. No mesmo período, verificou-se que, de todas as operadoras de saúde, beneficiam-se cerca de 699.365 consumidores. Ou seja, uma operadora de saúde absorve cerca de 60% do mercado. Os outros 40 % são divididos entre as demais.

A região metropolitana de Porto Alegre tem 1.408.235 (out. 2011) beneficiários de Plano de Saúde, sendo que no Rio Grande do Sul, em 2010 chegou a quase 2.500.000 usuários, tendo um crescimento em relação ao ano anterior de até 22%, dependendo da modalidade.

No Rio Grande do Sul, em 2011, registrou-se 2.554.100 beneficiários de operadoras de planos de saúde, percentual cerca de 100% maior do que na década anterior.

Em contrapartida, e de acordo com recente notícia publicada na Zero Hora, não houve, no mesmo período, o ingresso proporcional de novos profissionais de saúde ou serviços de saúde. Ou seja, há sim espaço disponível para novos profissionais; o que não há, dentre outros importantes fatores, é disposição, contrária aos dispositivos legais já que optantes pela forma de cooperativa (conforme demonstrado alhures), dos já cooperados em dividir parcela tão expressiva do mercado.

5 DA CONCORRÊNCIA DESLEAL

De acordo com o art. 170 da CF “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”. (*omissis*)

Mais adiante, a CF assim dispõe:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

No que diz com a legislação infraconstitucional, o art.18, III, da Lei nº 9.656/98 (com alterações da MPs nº 1.908-20, de 25.11.1999, e nº 2.177-44, de 24.08.2001) dispõe que:

Art. 18. A aceitação por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art.1º desta Lei, implicará as seguintes obrigações e direitos:

(...)

III – a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade

profissional.

Note-se que referido dispositivo é posterior e especial em relação ao art. 29, parágrafo 5º da Lei 5.764/71, prevalecendo sobre ele, portanto. Este foi o posicionamento adotado pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial nº 883.639. Em suas próprias palavras:

É verdade que esta norma não está sozinha no sistema jurídico. Como bem lembram os recorridos, o art. 29, § 4º, Lei 5.764/71, assegura o livre ingresso nas cooperativas a todos “que preencham as condições estabelecidas no estatuto”, vedando, ainda, a admissão, no quadro das cooperativas, de “agentes de comércio e empresários que operem no mesmo campo econômico da sociedade”. Ocorre que o art. 18, III, Lei 9.656/98, é regra evidentemente posterior e mais específica, prevalecendo sobre aquelas regras gerais da Lei 5.764/71, que se destinam a regular a atividade de todas as cooperativas, e não apenas daquelas voltadas a serviços de plano de saúde. [...] Anoto que a alteração no texto do art. 18, III, Lei 9.656/98, põe fim a uma anomalia até então existente, que permitia às cooperativas valer-se de um instrumento legal (a cláusula de exclusividade) que não estava à disposição de suas concorrentes (as demais operadoras de planos de saúde). Nivelou-se o campo para a atuação dos competidores naquele mercado, favorecendo a concorrência.

Este posicionamento foi sedimentado, no julgamento do **Resp 1.172.603**, por força de ação movida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O CADE sustentou que a cláusula de exclusividade dos médicos, que atuam como profissionais liberais, não poderia se basear no art. 29 da Lei 5.764/71, haja vista que a exigência de exclusividade entraria em confronto com o princípio constitucional da livre concorrência, plasmado no artigo 170, da Constituição Federal.

Desta forma, a atitude de algumas cooperativas médicas em criar ‘requisitos’, além e contrários aos fixados na legislação, vai de encontro ao princípio da livre concorrência, da busca do pleno emprego, da livre adesão, etc. É de conhecimento público e notório que, como regra, as cooperativas médicas limitam, e muito, o ingresso de novos cooperativados.

Isto, pois tal atitude favorece os médicos já cooperados com verdadeira reserva de mercado, na medida em que impede a concorrência

com outros profissionais igualmente especializados; e, por outro lado, restringe a opção de escolha do usuário do plano de saúde apenas àqueles já cooperados, restando apenas a alternativa de recorrer ao SUS ou a serviços particulares, ambos com problemas notoriamente conhecidos.

Que não se venha alegar que o ingresso de novos médicos na cooperativa seria prejudicial à estrutura econômica da cooperativa, uma vez que a mesma possui isenção, por exemplo, de imposto de renda, dada a sua não caracterização na busca de lucro.

Além disso, tal afirmação é falaciosa, eis que, se por um lado haverá aumento dos gastos com saúde, isto somente ocorrerá porque se estará trazendo novos usuários, ampliando, assim, a promoção e realização da saúde e angariando mais recursos para a cooperativa e cooperativados.

Quanto ao possível argumento de que iria prejudicar os demais associados, pois poderia redirecionar os clientes para outros profissionais, beira ao absurdo, uma vez que ao afirmar-se isso, estaria se concretizando a concorrência desleal, na qual a cooperativa não é mais um instrumento de cooperação entre os médicos e a sociedade que necessita de cuidados na saúde, mas sim, mecanismo de proteção e reserva de mercado dos médicos já cooperados!

De outra banda, o novo cooperado realiza aporte financeiro quando entra na cooperativa, podendo fidelizar seu cliente e indicar colegas que atuam em outra atividade e aumentar os rendimentos da cooperativa. Assim, se por um lado pode haver a diminuição de clientes de alguns cooperativados, por certo haverá o crescimento e fortalecimento da cooperativa com diversos ganhos, em especial para a sociedade que clama por melhor prestação de serviços à saúde.

Mais, é público e notório que os médicos conveniados possuem agenda lotada, fazendo com que os consumidores tenham de aguardar, muitas vezes, até um mês, ou mais, para serem atendidos. Além disso, não

raras oportunidades ficam horas aguardando atendimento na sala de espera em razão do pequeno espaço entre uma consulta e outra para poder aumentar a demanda de clientes!

Assim, o argumento de prejuízo é totalmente inócuo e deve-se olhar a estrutura como um todo, levando-se em consideração a proteção da saúde do consumidor que paga valores consideráveis ao Plano de Saúde, tendo o direito de ter a sua disposição o maior número de profissionais da saúde.

Além disso, é próprio do mercado de capital, a existência de concorrência, conseguindo fidelizar clientes aqueles que oferecem serviços de maior qualidade e não os que se 'protegem' atrás de instituições que, através da solidariedade entre os conveniados (o conveniado paga anos o plano as vezes sem nunca utilizá-lo. Esta engrenagem garante valores mais acessíveis ao paciente que não encontrará similar no mercado particular) oferece valores mais competitivos que aqueles que recorrem ao mercado particular.

Por fim, registre-se ainda que, na trilha da proteção dos já cooperativados, algumas operadoras exigem exclusividade, ou seja, o profissional, uma vez cooperado a determinada prestadora de serviços médicos está impedido de fazer parte de outra prestadora de serviços médicos.

6 DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ A RESPEITO DO TEMA

Ao compulsarmos a jurisprudência, podemos perceber que já é possível encontrar-se posicionamento a respeito do tema no âmbito, inclusive, dos tribunais superiores.

A primeira decisão encontrada data de 1998 e foi relatada pelo Ministro Eduardo Ribeiro. Trata-se de julgamento de Recurso Especial, oriundo de Minas Gerais. Segundo o Ministro, não é suficiente, para impedir ingresso de novos associados “[...] a *simples inconveniência que possa*

resultar para os que já integram o quadro de cooperador.” É imperioso que se demonstre, de acordo com o que determina a legislação (Lei 5.764/71, artigo 4º, I), a impossibilidade técnica de prestação de serviços . Em seu voto, o Ministro Waldemar Zveiter, reconhecendo a complexidade da discussão, pondera que, não obstante, a primeira vista, seja possível sustentar-se que as cooperativas podem manter e excluir seus membros, numa análise mais acurada, tal não mais se sustenta. Isto, pois as cooperativas são regidas por Lei específica. Assim, “os cooperados aderem ao que dispuser o Estatuto. As exceções devem ser examinadas restritivamente. Se o estatuto dispõe contra a norma legal, deve-se aplicar essa norma; se ele atém a ela, aplica-se então o estatuto na forma de sua regência”.

Em 2010, novamente, encontramos manifestação do STJ, no mesmo sentido do já apontado em 1998. Nesta decisão, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, restou manifesta a necessidade de aplicação do princípio da adesão livre e voluntária que rege o sistema cooperativista. Nas palavras do Relator, *in verbis*: “Portanto, deve ser afastada qualquer exceção ao princípio da liberdade de ingresso que venha restringir o acesso dos profissionais à cooperativa, desde que não tenha sido expressamente prevista na Constituição Federal ou Lei especial.”

No mesmo ano, o Ministro Aldir Passarinho, em sede de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1.164.771, ratificou o posicionamento do STJ no sentido de que:

A lei que rege as cooperativas estabelece que o ingresso de associados em seus quadros é livre a todos que desejam utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que se submetam aos propósitos sociais e preencham as condições fixadas no estatuto, e se perfaz mediante adesão voluntária, com número ilimitado de associados, exceto impossibilidade técnica de prestação de serviços [...]

Desta forma, é possível afirmar-se que, pelo menos no que diz com a Corte Especial, há posicionamento firme no sentido de que não se pode

admitir que cooperativas neguem acesso a novos cooperativados, eis que, se assim o fizerem, estarão infringindo norma legal expressa em sentido contrário.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da construção do presente texto podemos afirmar que a questão relativa à possibilidade/impossibilidade de ingresso/permanência de novos cooperativados nas prestadoras de serviços médicos é questão de extrema complexidade e que exige uma abordagem sistematizada da legislação aplicável, quer constitucional, quer infraconstitucional.

Para realizarmos esta leitura sistemática é imperioso não nos descuidarmos que, no caso em análise, está em jogo o direito à saúde e a possibilidade ou não de poder-se exigir, no âmbito da iniciativa privada, condutas que visem, em última análise, a uma maior e melhor garantia da prestação deste serviço.

Assim, esperamos que estas poucas linhas possam contribuir com a discussão e, quiçá, aprimoramento da matéria.

8 BIBLIOGRAFIA

BULGARELLI, Waldirio. **As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica**. 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

http://www.ans.gov.br/anstabnet/tabcgi.exe?anstabnet/dados/TABNET_02.D EF acesso em 01 mar. 2012.

<http://www.conjur.com.br/2010-mar-11/clausula-exclusividade-unimed-fere-direito-livre-HYPERLINK> "http://www.conjur.com.br/2010-mar-11/clausula-exclusividade-unimed-fere-direito-livre-concorrencia"concorrencia acesso em 01 jul. 2012

http://www.dge.uem.br/semana/eixo4/trabalho_43.pdf acesso em 13 maio 2012. Karima Omar Hamdan e outros. COPAI, o cooperativismo de produção e o regime capitalista.

FILHO, Hyltom Pinto de Castro. **Cooperativas de habitação no Brasil. Análise legislativa e jurisprudencial.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2957, 6HYPERLINK

"<http://jus.com.br/revista/edicoes/2011/8>"ago.HYPERLINK

"<http://jus.com.br/revista/edicoes/2011>"2011 . Disponível em:

<http://jus.com.br/revista/texto/19698>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

MATEUS, Cibele Gralha. **Da vinculação dos particulares à direitos fundamentais sociais.: o caso do direito à saúde na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 171-172.

Zero Hora, domingo, 15 de abril de 2012.

Resp 151858/MG, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/04/1998, DJe 08/09/1998

Resp 1124273/CE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 19/03/2010

AgRg no Ag 1164771/SP Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2010. DJe 19/08/2010

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE SAÚDE SUPLEMENTAR POR ERRO MÉDICO: IMPUTAÇÃO PELO PRISMA DA TEORIA SISTÊMICA

Felipe Kirchner¹

RESUMO: O presente ensaio pretende apresentar o panorama da responsabilidade civil das operadoras de saúde suplementar no caso da caracterização de erro médico. Como paradigma de análise, será utilizada a teoria sistêmica, a partir da qual se desvelará a complexa arquitetura estruturante da prestação de serviços dos planos de saúde, construída por meio da conexidade de contratos. A partir da noção de operação econômica unitária, será alcançada a relação interna bilateral existente entre as relações jurídicas singulares que estruturam o negócio que se destina a resguardar interesses existenciais do aderente. Como objetivos específicos, pretende-se sistematizar os pressupostos utilizados pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, que consolidou entendimento pela legitimidade passiva das operadoras, e explorar novos critérios de imputação voltados à maximização da proteção do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Consumidor – Planos de Saúde – Erro Médico – Responsabilidade Civil – Teoria Sistêmica – Conexidade Contratual

SUMÁRIO: Introdução. 2. Os pressupostos clássicos de responsabilização das operadoras. 2.1. Análise do atual panorama jurisprudencial. 2.2. As causas de imputação da responsabilidade reconhecidas pela jurisprudência.

¹ Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Subdefensor Público-Geral para Assuntos Jurídicos. Ex-Dirigente do Núcleo de Defesa do Consumidor e de Tutelas Coletivas da DPE/RS (NUDECONTU). Presidente do Conselho Estadual de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul (CEDECON). Professor Universitário na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

3. A conexidade contratual como causa de imputação da responsabilidade. 3.1. As peculiaridades próprias da contratação de plano de saúde à luz da teoria sistêmica. 3.2. A arquitetura contratual da contratação das operadoras de saúde e sua inserção no âmbito da teoria sistêmica. 3.3. Os pressupostos para verificação da conexidade. 4. Os efeitos do reconhecimento da conexidade e o seu amparo normativo e jurisprudencial. 4.1. Os efeitos da conexidade contratual no âmbito da teoria sistêmica. 4.2. O acolhimento normativo. 4.3. O acolhimento jurisprudencial. Conclusão

1 INTRODUÇÃO

São notórias as carências apresentadas pela política pública fornecida pelo Estado brasileiro na área de saúde. O usuário do Sistema Único de Saúde (SUS) passa por dois extremos: são-lhe alcançados tratamentos de excelência, mas o serviço padece com as graves mazelas estruturais.

Nesse cenário, ganha relevo a atividade comercial desenvolvida pelas operadoras de plano de saúde que, na condição de mantenedoras de um sistema de saúde suplementar, passam a se constituir na tábua de salvação do cidadão que empenha parte significativa de sua renda – na maioria dos casos todos os recursos que excedem o custeio do seu mínimo vital (moradia, alimentação, educação, etc.) – para que sua família tenha acesso a um atendimento de qualidade no momento de mais vulnerabilidade: quando o usuário está com sua vida em risco.

Neste cenário de incertezas quanto à eficiência dos serviços públicos, o consumidor busca na iniciativa privada aquilo que o senso comum indica: que nesse setor há uma prestação mais eficiente do serviço almejado. Contudo, se cabe reconhecer a relativa eficiência dos serviços prestados pelas operadoras, não se podem ignorar os muitos problemas existentes.

Se parte desta problemática envolve questões estruturais,² alguns problemas são pontuais, ainda que igualmente graves. É o caso dos *erros médicos e hospitalares*, que ocorrem quando o consumidor sofre um dano, físico ou psíquico, devido à conduta do médico ou do hospital conveniado pelo seu plano. E nesse caso surgem algumas questões: Quem é responsável por reparar esta lesão? Apenas o médico e o hospital devem ser responsabilizados?³

Este ensaio pretende apresentar o panorama da responsabilidade civil das operadoras de saúde suplementar no caso de caracterização do chamado erro médico,⁴ investigando a extensão do dever indenizatório dos agentes pelo dano causado no âmbito do direito do consumidor, sob o enfoque da chamada conexidade dos contratos, prisma de análise que permitirá delinear a complexa arquitetura estruturante da prestação de serviços dos planos de saúde.⁵ E sobre este recorte e opção de abordagem

²A atuação de Defensoria Pública gaúcha na proteção do consumidor indica a existência de muitos defeitos estruturais na prestação do serviço contratado. Dentre os principais, cabe salientar, de forma não exaustiva, a negativa de cobertura médica, a falta de leitos e de estabelecimentos conveniados em local próximo à residência do usuário, as vedações abusivas à utilização das emergências médicas, a ausência de anestesistas credenciados, a demora no agendamento e no atendimento de consultas e a limitação abusiva do tempo de internação hospitalar.

³ Ao menos três são os agentes econômicos envolvidos na prestação do serviço de saúde privado, os quais respondem por sistemas de responsabilização distintos. Os médicos, credenciados ou não, respondem pelo sistema subjetivo (artigo 14, § 3º, do CDC). Porém, respondem pelo sistema objetivo os estabelecimentos de saúde (hospitais, laboratórios, bancos de sangue, centro de exames, etc.), credenciados ou não, e as operadoras de saúde, que mercanciam planos e seguros, nos termos dos artigos 12 e 14 do CDC e artigo 927, § único, do CC/2002, mencionando-se a incidência do artigo 37, § 6º, da CF/1988, no que se refere aos estabelecimentos públicos. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. v. 4., 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005, 134; LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. v. 2., 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 639.

⁴ Para os restritos limites deste ensaio, utilizar-se-á o termo “erro médico” em sentido lato, como sendo o dano derivado da conduta de profissional da área médica no exercício da profissão. Esta singela definição exclui os danos advindos da natureza da doença tratada e das lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior, mas abarca todos os danos provocados por condutas tecnicamente inadequadas, tais como os erros técnicos, dolosos, de diagnóstico (abarcando também a demora injustificada do diagnóstico) e de conduta.

⁵ Embora a temática proposta se sobreponha a análise restrita da responsabilidade do profissional liberal, cabe salientar que a responsabilidade do médico abrange as áreas ético-profissional (por meio dos Conselhos de Medicina), civil e penal, as quais atuam de forma autônoma. Como a responsabilidade do agente causador direto do dano fará parte da discussão aqui travada, mister se faz mencionar que, em termos de recorte teórico, o presente

cumprir tecer, introdutoriamente, algumas considerações, envolvendo também as implicações metodológicas das escolhas realizadas.

No que tange ao interesse prático do objeto deste artigo, cabe mencionar que, embora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) seja tranquila quanto ao reconhecimento da legitimidade passiva da operadora de saúde em demanda discutindo a responsabilidade civil por suposto erro médico, o enfrentamento do tema se justifica, essencialmente, por dois motivos. Primeiro porque este entendimento já consolidado não é respeitado por muitos tribunais estaduais, o que resta por consolidar uma série de entendimentos dissociados do paradigma do tribunal superior, em razão da dificuldade processual de acesso às instâncias extraordinárias, tendo em vista que os casos de erro médico envolvem complexas discussões atinentes ao exame de provas e à interpretação de cláusulas contratuais.⁶ Ademais, cumpre verificar que os fundamentos utilizados, embora extremamente sólidos, possuem duas deficiências, muito bem exploradas pelo corpo jurídico das operadoras.

A primeira diz com a falta de aprofundamento teórico e de sistematização dos pressupostos de imputação utilizados. Assim, necessário se faz o enfrentamento do tema em perspectiva científica, a fim de que os argumentos que usualmente fundamentam as decisões judiciais passem a estruturar o discurso acadêmico e os pedidos formulados judicialmente.⁷

A segunda fragilidade se refere ao fato de que os fundamentos

estudo se restringirá ao exame da responsabilidade civil, aqui enfocada sob o prisma do direito do consumidor.

⁶ Tais matérias obstaculizam a interposição e o manejo do Recurso Especial, nos termos das Súmulas 7 e 5 do STJ.

⁷ Embora o prisma processual transborde dos estritos limites deste ensaio, cumpre salientar que é desejável, em termos de pragmatismo da atividade forense, que as partes elenquem todas as possíveis causas de imputação de responsabilidade como causas de pedir distintas, a fim de que cada causa de imputação seja detida e expressamente enfrentada pelo Poder Judiciário perante o caso concreto, maximizando, desta forma, a chance de procedência da demanda judicial.

judiciais estão mais afetos à lógica civilista, arena na qual os argumentos encontram respeitáveis resistências. Tais objeções são naturais, uma vez que o Direito Civil atende a pressupostos de responsabilização bastante diversos daqueles erigidos perante o Direito Consumerista. Imprescindível, portanto, trazer a discussão para um novo estrado, fomentando o exame do tema na perspectiva da proteção do consumidor, na condição de sujeito vulnerável.

Nesta senda, o discurso trilhará um caminho bem determinado. Ao focar o direito consumerista, serão enfrentadas as peculiaridades que são afetas a este sistema, por vezes tão estranhas a alguns ramos do direito. Como elementos representativos desta observação, sem pretensão exaustiva, cumpre salientar a primazia da proteção do consumidor lesado, a importância da verificação da existência de uma operação econômica global,⁸ as peculiaridades da estruturação da cadeia de consumo (o que pode afetar as relações jurídicas existentes, ampliando os contatos do vínculo intersubjetivo ensejador de situações jurídicas ativas e passivas) e os pressupostos próprios da responsabilidade solidária.

Nesses termos, é possível que a leitura deste artigo dependa, por parte do leitor, de um esforço de desconstrução de alguns dos preconceitos do imaginário coletivo que permeiam (e infelizmente conforma) o discurso jurídico acerca da responsabilização civil.⁹ Ocorre que tratar deste tema sob o prisma consumerista implica em uma tentativa de superação de dogmas que há muito habitam no ideário dos juristas brasileiros, retirando-lhes o conforto do senso comum teórico e trazendo-os para o campo de uma indeterminação produtiva, longe da ingenuidade e dos limites tranquilizantes da tradição metodológica (a forma *como sempre o direito tem sido*) com que até então se tem trabalhado a responsabilidade civil das operadoras de

⁸ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 7-8, 10-11 e 127.

⁹Não obstante os seus mais de vinte anos de vigência, é inegável a dificuldade de grande parte da doutrina e da jurisprudência em introjetarem, em seus discursos e decisões, as grandes

saúde.¹⁰

Porém, a supramencionada definição do caminho a ser percorrido não se esgota no enfoque consumerista, fazendo-se necessária realizar uma nova verticalização dos pressupostos de análise do tema. Como antes salientado, neste artigo a imputação de responsabilidade será buscada por meio de uma *perspectiva relacional*¹¹ e *sistêmica* do fenômeno contratual, sem descurar da noção do *vínculo obrigacional como processo*.¹² Se mesmo em perspectiva individual e formal o horizonte do contrato deve ser necessariamente entendido como constituído por uma *situação objetiva complexa*,¹³ uma totalidade orgânica,¹⁴ unitária e dinâmica¹⁵ – formada não

modificações paradigmáticas trazidas pelo legislador com o advento da Lei 8.078/90 (CDC).

¹⁰STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 78 e 82; WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, v. 1, 1994., p. 22; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 38.

¹¹A observação se encontra centrada na estrutura de modelos contratuais proposta por Ian Macneil, a qual será desvelada em oportunidade própria.

¹²A concepção da *obrigação como processo*, que foi suscitada por Karl Larenz e desenvolvida nacionalmente por Clóvis do Couto e Silva, entende a relação obrigacional como um sistema de processos, cuja unidade não se esgota na soma dos elementos que a compõem, alcançando o conceito jurídico na condição de totalidade orgânica de cooperação, onde credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, e que se encadeia e se desdobra, temporariamente, em direção ao adimplemento (à satisfação dos interesses do credor), o que atrai e polariza a obrigação, abrangendo *“todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres (principais e secundários dependentes e independentes), obrigações, exceções, e ainda posições jurídicas”* (SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 5).

¹³Carlos Ferreira de Almeida afirma existir uma composição complexa do negócio jurídico, formado por mais do que uma declaração e por outros atos praticados pelas partes ou terceiros (FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 262), sendo que se o significado negocial é uno, sua determinação é complexa (FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contrato: conceito, fontes, formação*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 154). Nesse contexto, o paradigma teórico aqui desenvolvido merece ser adjetivado de complexo, assumindo-se a complexidade como um problema fundamental, pois como refere Bachelard, não existe o simples, mas apenas o simplificado (BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985). Esta observação torna necessária a referência à teoria do *pensamento complexo* de Edgar Morin, a qual reagrupa unidade e diversidade no campo do conhecimento ao procurar *“ao mesmo tempo distinguir (mas não disjuntar) e reunir”* (MORIN, Edgar. *O Pensamento Complexo*, Um Pensamento que Pensa. In: MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A Inteligência da Complexidade*. São Paulo: Petrópolis, 2000, p. 207; MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 20; MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. Lisboa: Europa-América, 1982, p. 246). Por meio de seus pressupostos, o pensamento complexo liga a autonomia da filosofia (tradicionalmente pensada de um ponto de vista puramente metafísico) com a dependência do determinismo científico, evitando tanto a

apenas pelo instrumento contratual representativo da autonomia dos contraentes, mas também pela sua relação com o sistema jurídico e todas as circunstâncias do caso relevantes que permearam sua gênese e desenvolvimento¹⁶ –, a perspectiva sistêmica eleva esta abordagem para o parâmetro da contratação em rede e relacional. É a partir desta perspectiva que será demonstrado que coexistem ao contrato de plano de saúde uma pluralidade de relações jurídicas conexas que verdadeiramente constituem uma operação econômica unificada.¹⁷

É essa operação econômica una, que o mercado denomina de *plano de saúde*,¹⁸ que será alcançada na presente análise científica, a qual

manutenção de uma ciência com dependência e sem autonomia, quanto uma filosofia com autonomia e sem dependência. Embora o pensamento complexo não se reduza à ciência ou à filosofia, permite a comunicação entre elas, servindo-lhes de ponte (MORIN, 2000).

¹⁴BETTI utiliza reiteradamente expressões como *complexo orgânico* e *conjunto orgânico*, em consonância com a apreensão do negócio jurídico como sendo uma situação objetiva complexa (BETTI, 2007, p. XLVII, 11, 29 e 37). Em outra obra, o filósofo adverte que “o negócio é considerado como um todo unitário, a interpretar na sua totalidade: um todo, entre cujas diferentes partes, preliminares e conclusivas, não é admissível uma clara separação” (BETTI, 2003b, p. 176).

¹⁵GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 55. A apreensão da existência de uma unidade no curso da relação contratual impinge o entendimento de que as condutas subsequentes ao contrato formam um todo único com este (BETTI, 2007, p. 367). Essa conclusão é decisiva do ponto de vista hermenêutico, pois alcança a dimensão construtiva e relacional desta fase comportamental e comunicacional, transcendendo o paradigma clássico que vê os comportamentos posteriores à conclusão do pacto de forma estática e meramente comparativa com uma declaração inexplicavelmente cristalizada no tempo e no curso das relações humanas.

¹⁶MARTINS-COSTA, Judith. O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: primeiras notas de uma leitura suscita pelo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). *Novo Código Civil: questões controversas*. v. 4. São Paulo: Método, 2005b, p. 122; LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1989, p. 223.

¹⁷Como a conexidade de vínculos nem sempre está visível e aparente, podendo se ocultar sob o manto de um agir autônomo e independente, este ensaio defenderá a necessidade do operador focar o negócio, e não mais o contrato, quando da análise das relações comerciais. Deve o operador verificar que a contratação por conexidade visa a construção de um pacote de produtos e serviços que sugere a noção de *operação econômica* que aqui será desenvolvida (LORENZETTI, Ricardo Luis, Esquema de uma Teoria Sistemática del Contrato. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 2000, p. 52-53).

¹⁸O panorama teórico que aqui será desenvolvido se mostra mais eficiente à regulação do negócio chamado de *plano de saúde*, que estrutura o atendimento por meio de uma rede credenciada de hospitais e médicos. Contudo, os pressupostos e consequências da teoria sistêmica também podem ser aplicados, com as devidas peculiaridades, ao chamado *seguro saúde*, no qual há livre escolha de médicos e hospitais pelo consumidor, com o posterior reembolso das despesas efetuadas. Assim, o paradigma abrange duas estruturas contratuais,

procurará desvelar a relação interna bilateral existente entre as relações jurídicas singulares que estruturam o negócio. Nesta busca, o estudo incorpora os novos matizes da teoria do contrato, alterando a perspectiva de análise do negócio jurídico, que passa de uma leitura isolada e individualizada das pactuações privadas, para a consideração do conjunto de pactos vinculados, enquadrando os contratos de plano de saúde no conjunto de uma nova realidade de mercado, que impõe novos desafios à teoria contratual clássica.¹⁹ É por esta razão que a escolha pela teoria sistêmica não é aleatória,²⁰ pois é este ferramental teórico que possibilita o reconhecimento da existência de uma única operação econômica engendrada pela complexa estrutura contratual, abrindo novas possibilidades ao operador jurídico,²¹ dentre as quais destacam-se a repercussão das vicissitudes de um contrato no conexo, a oposição de exceções entre os pactos e o manejo de ação direta em matéria de responsabilidade, que será a consequência aqui explorada.

Para além do objetivo de introduzir um novo paradigma de imputação, ainda pouco explorado pela jurisprudência brasileira, este ensaio tem um

alcançando os defeitos apresentados em exames laboratoriais e clínicos, procedimentos e intervenções cirúrgicas e serviços odontológicos.

¹⁹Parece incontroversa a necessidade do Direito alcançar o exame do papel dos agentes econômicos no contexto social e comercial contemporâneo, indissociável da economia de mercado, da cultura do consumo e dos novos parâmetros de produção e distribuição de produtos e serviços. Salienta Ronaldo Porto Macedo Júnior que as mudanças econômicas ocorridas no século XX, especialmente com o advento da produção de massa, introduziram novas dimensões e exigências que passaram a desafiar os princípios contratuais clássicos e a racionalidade neles pressuposta (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, *Contratos Relacionais e Direito do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 50). Jorge Mosset Iturraspe explicita os seguintes processos dialéticos que interessam a temática ora em exame: empresa e consumidor; mercado e direito; lucro e ética; regulação e desregulação (MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos Conexos: grupos y redes de contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 131).

²⁰Além da teoria argentina se aproximar mais da realidade brasileira (de nosso mundo latino-americano), tem abrangência teórica mais ampla do que o paradigma italiano dos contratos coligados e francês dos grupos de contratos (KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 127-128).

²¹Ocorre que a proteção do consumidor – inegavelmente o agente econômico mais fraco com relação a todos os demais que participam desta cadeia – não pode ser obstaculizada pela imposição de óbices meramente formais e arraigados a uma perspectiva clássica de

importante desígnio: sistematizar os critérios de imputação da responsabilidade das operadoras de saúde no caso do erro médico, apresentando aqueles já reconhecidos jurisprudencialmente, e propondo outros que estejam sedimentados na melhor técnica jurídica e possam ser utilizados na prática do operador forense. No cumprimento deste desiderato, se pretende definir precisamente as condições pelas quais é possível a identificação da conexão contratual, demarcando as (im)possibilidades de utilização da teoria sistêmica ao tema proposto.

Porém, embora este ensaio possua o nítido objetivo de proteger os chamados hiposuficientes da conexão,²² quer evitar que a busca pela maximização da proteção do consumidor se transforme em fator de desequilíbrio das relações comerciais. Essa pretensão deriva não apenas da imperiosa necessidade de harmonização dos interesses de consumidores e fornecedores, mas principalmente do reconhecimento de que a contratação da saúde privada, por meio de contratos conexos²³ e/ou mediante a formação de redes,²⁴ muito embora possa representar ameaça a

responsabilização civil, distante das peculiaridades próprias da seara consumerista.

²²MOSSET ITURRASPE, 1999, p. 9.

²³A matéria nominada de forma diversificada no direito comparado: *contratos coligados* (*contratto collegato*) no direito italiano e português; *contratos conexos* no direito espanhol; *grupos de contratos* (*groupes de contrats*) no direito francês; contratos ligados (*linked contracts*) na *common law*; ou *contratos em cadeia* ou *redes contratuais* no direito argentino (embora este último termo designe fenômeno com peculiaridades próprias) (MOSSET ITURRASPE, 1999, p. 14-16; LEONARDO, Rodrigo Xavier, *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 127-129; ENEI, José Virgílio Lopes. *Contratos Coligados. Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 132, out-dez, 2003, p. 112-113). As peculiaridades de cada sistema jurídico não se resumem à nomenclatura do fenômeno, alcançando os objetivos e conclusões de cada construção teórica. Exemplificativamente, pode-se citar a ênfase da doutrina italiana na repercussão de invalidades e ineficácias, enquanto os estudos franceses enfocam mais a eventual mitigação do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos (KONDER, 2006, p. 113-114).

²⁴Necessário apresentar algumas definições das espécies de contratações afeitas à conexão, posto que a matéria não encontra tratamento uníssono na doutrina. Nos *contratos mistos* se reúnem, em um mesmo pacto, elementos de dois ou mais contratos, com uma causa econômica una e diversa dos contratos singularmente considerados, que perdem a sua individualidade. Já nos *contratos coligados* ou *conexos* há a união de pactos estruturalmente diferenciados e que mantêm suas individualidades estruturais, a qual se dá em razão da existência de um nexo (econômico, funcional, institucional e/ou sistemático) entre os mesmos, o que, em uma perspectiva socioeconômica, diz com o reconhecimento de que todos os

liberdade do consumidor,²⁵ atende aos interesses deste (em verdade dos dois pólos da relação jurídica), pois a união de contratos é o meio para a satisfação de pretensões que não poderiam ser realizadas e satisfeitas, na conformidade desejada pelas partes, por intermédio das figuras típicas existentes.²⁶

contratos engendram uma mesma operação econômica ou processo de produção. Nas *redes de contratos*, por sua vez, se configura a *coordenação sistemática de contratos coligados ou conexos*, visando organizar cadeias de produção ou de fornecimento de produtos e serviços ao consumidor, fulcrada na cooperação que visa baixar custos, diminuir riscos e aumentar a eficiência (produtiva e de vendas) das partes contratantes, o que se constitui na *causa sistemática* ou *supracontratual* da pactuação. Por fim, os *contratos relacionais* ou de *longa duração* são aqueles que respondem as características do modelo relacional proposto por Ian Macneil (longa duração, transações contínuas, abertura, procedimentalidade, alta exigência de relações primárias e de cooperação e solidariedade no curso do cumprimento), e embora não se confundam, necessariamente, com os *contratos coligados* (pois não pressupõem a existência de pactos vinculados, o que ocorre, por ex., com o contrato de educação privada), possuem uma propensão a formação de redes. Em termos classificatórios, as *redes contratuais* podem ser entendidas como espécie do gênero *contratos conexos* ou, então, como sendo um aspecto diferente do mesmo fenômeno, que pela sua complexidade justifica a criação de uma nova teoria para sua análise, o que parece ser a opção mais adequada (LORENZETTI, 2000, p. 68-69; LORENZETTI, Ricardo Luis, *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998a, p. 198; MOSSET ITURRASPE, 1999, p. 45; MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002b, p. 93-94; LEONARDO, 2003, p. 97, 104, 127 e 136; ENEI, 2003, p. 122; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos Coligados de Sublocação de Imóvel e Franquia Comercial: aplicabilidade do art. 21 da Lei 8.245/91*. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 8, out-dez 2001, p. 225 e 228).

²⁵Embora na contratação conexa seja de grande relevo o caráter cooperativo, sempre haverá posições antagônicas entre os contraentes, mesmo que pontuais. Nesse contexto, deve-se necessariamente discernir as relações que se dão entre os fornecedores coligados, onde os contratos são um assunto de colaboração; daquelas relações que se dão entre estes fornecedores e consumidores, onde a conexão contratual enseja um problema de relacionamento (LORENZETTI, 1999, p. 49-50). De qualquer forma, deve-se mencionar que os riscos de imprevisibilidade, dominação e vulnerabilidade devem ser entendidos no contexto atual, de indução ao consumo por meio de publicidade massiva e agressiva e de insegurança quanto ao futuro (MARQUES, Cláudia Lima. *Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?* *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 22, 2002a, p. 79).

²⁶A contratação por conexão e a formação de redes contratuais nascem da especialização das tarefas produtivas e da divisão de trabalho, fatores que impõem a necessidade de uma nova racionalização da empresa e da lógica econômica. No que tange aos interesses dos fornecedores, tanto em suas relações internas quanto nas relações com os consumidores, a contratação com conexão está embasada na cooperação que visa baixar custos, diminuir riscos e aumentar a eficiência (produtiva e de vendas), em um mercado marcado pela competitividade e pela especialização dos agentes econômicos. Sob o prisma dos consumidores, é inegável que esta espécie de contratação lhes concede vantagens, eis que obtém melhores financiamentos, adquirem bens ou serviços mais baratos, com menos custo de informação e com menor risco. Conforme acentua Ricardo Lorenzetti, os consumidores *“compram el bien más barato porque hay costos que se prorratan entre el grupo, obtienen mejores financiaciones porque representan un volumen económico más interesante para el*

Em termos estruturais, na primeira parte do estudo serão desvelados os pressupostos clássicos de responsabilização das operadoras, para que em um segundo momento seja enfrentada a conexão contratual como causa de imputação da responsabilidade. Assentados estes pressupostos, na parte final do ensaio serão delineados os efeitos do reconhecimento da conexão e o seu amparo normativo e jurisprudencial.

Dito isso, passa-se ao exame do atual panorama jurisprudencial, procurando descurar as causas de imputação da responsabilidade reconhecidas pelos tribunais.

2 OS PRESSUPOSTOS CLÁSSICOS DE RESPONSABILIZAÇÃO DAS OPERADORAS

Antes de ingressar no exame da conexão contratual como causa de imputação da responsabilidade das operadoras de saúde por erro médico, mister se faz analisar o atual panorama do pensamento jurídico, analisando, mais precisamente, em que estágio se encontra a jurisprudência sobre o tema e quais são os pressupostos clássicos de responsabilização utilizados em decisões judiciais.

2.1 ANÁLISE DO ATUAL PANORAMA JURISPRUDENCIAL

Logo de início cumpre salientar que o E. STJ reconhece, de forma mansa e pacífica, a legitimação passiva das operadoras de saúde em demanda judicial que tenha por objeto a responsabilidade civil por suposto erro médico. E tal posição abarca os planos de saúde – em todas as suas modalidades, e não apenas sob a constituição de cooperativa médica – e as contratações sob a modalidade de seguro saúde. Nesse sentido os

financista, y muchas otras ventajas” (LORENZETTI, 1998a, p. 197; LORENZETTI, Ricardo Luis, Redes Contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista de Derecho do Consumidor*, n. 28, p. 22-58, out-dez 1998b, p. 23; LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*. t. 1, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 44; LORENZETTI, 2000, p. 70). Ademais, em diversas situações apenas a diluição de custos e riscos entre o grupo permite a comercialização de determinado produto, exatamente

seguintes precedentes judiciais do STJ: AgRg no Resp 1.029.043/SP,²⁷ REsp 138.059/MG²⁸ e AgRg no Ag 682875/RJ.²⁹

A maioria da jurisprudência dos Tribunais Estaduais caminha na mesma direção, do que é exemplo o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS),³⁰ cabendo aqui delinear, sistematicamente, as causas de imputação da responsabilidade reconhecidas por esta vertente jurisprudencial.

2.2 AS CAUSAS DE IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE RECONHECIDAS PELA JURISPRUDÊNCIA

Da análise da fundamentação utilizada nas decisões jurisprudenciais do E. STJ e dos Tribunais Estaduais se verifica a utilização de seis critérios – que se poderiam denominar “clássicos” – de imputação da responsabilidade das operadoras de planos de saúde por erro médico: (1)

como ocorre no caso dos planos de saúde.

²⁷AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA DE COOPERATIVA DE TRABALHOS MÉDICOS. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO COM APLICAÇÃO DE MULTA. 1. A jurisprudência da Casa é tranqüila em reconhecer a legitimidade passiva da cooperativa médica em demanda que se discute responsabilidade civil por suposto erro médico, pois a cooperativa tem por objeto a assistência médica e celebra contrato com seus associados, regulamentando a prestação de seus serviços de maneira padronizada, por meio dos médicos e hospitais a ela filiados. 2. Improvido o regimental, com aplicação de multa de 1%. AgRg no Resp 1.029.043/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJ de 08.06.2009. No mesmo sentido: AgRg no Ag 682.875, Relator Ministro Paulo Furtado, Terceira Turma, STJ, j. em 15/09/2009; REsp 309.760/RJ, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, STJ, j. em 06.11.2001; e REsp 164.084/SP, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, STJ, j. em 17.02.2000.

²⁸ CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido. REsp 138.059/MG, Relator Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, STJ, DJ de 11.06.2001.

²⁹ AGRAVO INTERNO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - EMPRESA PRESTADORA DO PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE LEGITIMIDADE PASSIVA. A empresa prestadora do plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para ação indenizatória proposta por associado em decorrência de erro médico por profissional por ela credenciado. Agravo regimental a que se nega provimento. AgRg no Ag 682875/RJ, Ministro Paulo Furtado, Terceira Turma, STJ, j. em 15.09.2009.

³⁰Apelação Cível Nº 70025328626, 10ª Câmara Cível, TJRS, Relator Des. Paulo Roberto Lessa Franz, julgado em 26/03/2009; Apelação Cível Nº 70028305050, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 13.08.2009; AC 70006781611,

responsabilidade solidária; (2) teoria da aparência; (3) descumprimento do objeto do contrato; (4) culpa *in eligendo*; (5) subordinação; (6) risco proveito. Muito embora a análise detida de cada tópico desborde dos estreitos limites do presente ensaio, cabe uma breve menção a cada um destes elementos de fundamentação.

O primeiro, e extremamente usual, critério de imputação da responsabilidade, é a solidariedade existente entre todos os agentes que participam do negócio econômico chamado plano de saúde: operadoras, hospitais e profissionais de saúde (médicos, enfermeiros, etc.). O fundamento legal para a adoção desta perspectiva relacional se encontra nas regras dos artigos 7º, parágrafo único,³¹ e artigo 25, parágrafo 1º,³² ambos do CDC.

Interessante notar que o CDC determina a caracterização da imputação da responsabilidade civil pela simples participação na cadeia de consumo, não sendo necessária, portanto, a prática de conduta ativa e direta na causação do dano, em uma clara perspectiva de extensão do nexo de causalidade. É de todo evidente que a operadora de saúde não pratica diretamente a conduta que culmina na caracterização do erro médico – a qual usualmente é praticada por determinado profissional de saúde partícipe da rede –, o que não ilide a sua responsabilidade sob a ótica consumerista.

O segundo critério de imputação, menos usual nas decisões judiciais pesquisadas,³³ diz com a aplicação da chamada *teoria da aparência*.³⁴

RELATORA DESª. MARILENE BONZANINI BERNARDI, 9ª Câmara Cível, TJRS, j. em 26.05.2004.

³¹Art. 7º (...) Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

³²Art. 25 (...) § 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

³³A ausência de utilização desta vertente doutrinária deriva, possivelmente, da ausência de pedido e da falta da prova necessária a sua configuração.

³⁴Importante mencionar que, na contratação em exame, a situação de fato – que legitima a aplicação da teoria da aparência – se constitui, efetivamente, em uma situação de direito, posto que todos os partícipes (médicos, hospitais e planos) agem estruturados por uma rede contratual, como se demonstrará nas partes subsequentes deste estudo. Nesses termos, a aplicação da teoria da aparência torna-se subsidiária à efetiva configuração da conexão contratual, elemento de imputação mais forte do que a simples aparência que, contudo, não

Como refere Brutau, esta vertente se apresenta quando os atos são realizados “*por una persona engañada por una situación jurídica que es contraria a la realidad, pero que presenta exteriormente las características de una situación jurídica verdadera*”, pois, “*quien ha dado lugar a la situación engañosa, aunque haya sido sin el deliberado propósito de inducir a error, no puede hacer que su derecho prevalezca por en cima del derecho de quien ha depositado su confianza en aquella apariencia.*”³⁵

A prática do negócio estruturado pelas operadoras indica indelevelmente que, perante o consumidor, todos os agentes partícipes do serviço que lhe é prestado trabalham em equipe. Ao procurar o médico ou o hospital – muitas vezes conhecidos a partir do credenciamento (por meio de guia de credenciados ou por site eletrônico) – o consumidor porta a carteira do seu plano e usualmente assina documentação com timbre da operadora (para consultas, exames e procedimentos). Ademais, não é raro que os consultórios e os nosocômios sejam identificados juntamente com a logomarca da operadora que propicia o atendimento. Desta feita, aos olhos do consumidor (leigo e vulnerável), o serviço é prestado conjuntamente pelo médico, pelo hospital e pelo plano.

Perante a estrutura fática do serviço, se encontram presentes todos os requisitos para a aplicação da teoria, conforme indica a doutrina de Savatier: (1) situação de fato cercada por circunstâncias que manifestamente a apresentam como se fosse uma situação de direito; (2) legitimação formal do aparente titular do direito (o que cria perante o consumidor a aparência de titularidade); (3) confiança legítima e boa-fé do consumidor; (4) nexos causalidade baseado na confiança legítima despertada pela estrutura fática do negócio; (5) capacidade civil das partes;

merece ser desprezada.

³⁵BRUTAU, José Puig. *Estudios de Derecho Comparado: la doctrina de los actos propios*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1951, p. 103.

(6) economicidade da relação jurídica.³⁶

A imputação da responsabilidade civil, por meio da teoria aqui examinada, atende à preservação da segurança das relações jurídicas e o resguardo da boa-fé de terceiros, manifestada por meio da confiança depositada na aparência. Uma vez que a teoria da aparência se aplica mesmo em situações de enganiosidade, como revela Brutau,³⁷ muito mais razão para a sua aplicação quando há vínculo direto entre os fornecedores.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores acolhe a teoria em exame, conforme se depreende do paradigmático RE 77.814³⁸ e do julgamento do REsp 139.400.³⁹

O terceiro critério, frequentemente utilizado pela jurisprudência, diz com a verificação do efetivo descumprimento do objeto do contrato. Cumpre reconhecer que o objetivo do plano não se limita a administrar e cobrir os custos da prestação de serviço médico. Antes, a operadora assume a obrigação de prestar o serviço médico por profissionais qualificados, sendo que o acidente de consumo derivado do erro médico é falha relativa ao objeto contratado pelo consumidor junto à operadora.

Relativamente à supramencionada obrigação de prestação do serviço por profissionais qualificados surge o quarto critério, qual seja, a culpa *in eligendo* da operadora. Aqui se trata de imputação do plano por ato de profissional que elegeu para prestar o serviço em seu nome,⁴⁰ o que se

³⁶SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*. T. II, Paris: Librairie. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, p. 599.

³⁷BRUTAU, 1951, p. 103.

³⁸RE 77.814, Relator Ministro Luis Gallotti, 1ª Turma, STF.

³⁹PROCESSUAL CIVIL. CONSÓRCIO. TEORIA DA APARÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. A empresa que, segundo se alegou na inicial, permite a utilização da sua logomarca, de seu endereço, instalações e telefones, fazendo crer, através da publicidade e da prática comercial, que era responsável pelo empreendimento consorcial, é parte passiva legítima para responder pela ação indenizatória proposta pelo consorciado fundamentada nesses fatos. Recurso conhecido e provido. REsp 139.400, Ministro Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, STJ, 03.08.2000. No mesmo sentido: REsp 113.012, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, STJ, 18.03.1997.

⁴⁰ Vale lembrar que a efetiva prestação do serviço é o real objeto do contrato de plano de saúde.

ocorre após o atendimento de requisitos básicos para o seu credenciamento. Perante o consumidor, o credenciamento do médico e hospital pelas operadoras emite um aval de qualidade e excelência, o que desperta uma legítima expectativa, por meio da proteção da confiança, a qual merece ser juridicamente preservada na condição de direito subjetivo.

O quinto critério – e quiçá o mais polêmico, em face da necessária independência que deve pautar a relação médico-paciente – diz com a subordinação de médicos e hospitais aos ditames fixados pela operadora de saúde. Primeiramente cumpre fixar que, habitualmente, o médico contratado não é empregado da operadora, se constituindo em cooperativado ou prestador de serviços “autônomo”.

Os estabelecimentos e profissionais de saúde são credenciados e/ou contratados pela operadora para atender aos contratos por ela firmados com o consumidor, objetivando o lucro de sua atividade. Destarte, embora não haja um vínculo de subordinação plena, é óbvia a imposição de limites de ação do médico e do nosocômio pelas regras impostas pela operadora. Nesse contexto, como a relação do plano com médicos e hospitais não é de preposição, a jurisprudência não exige a integral subordinação para o reconhecimento da responsabilidade da operadora. Aos olhos da jurisprudência majoritária, a operadora responde concorrentemente porque contrata profissional para prestar o serviço que se comprometeu com os consumidores.

Por fim, o sexto critério diz com a imputação por meio da teoria do risco.⁴¹ Várias são as concepções sobre qual seja o risco capaz de ensejar a responsabilidade civil. Dentre as diversas vertentes existentes, cabe

⁴¹Os estreitos limites deste estudo impedem um exame mais aprofundado da teoria do risco proveito. Referências sobre as peculiaridades desta vertente doutrinária e dos critérios de diferenciação do que sejam as atividades perigosas em um contexto do mercado podem ser encontradas no seguinte ensaio: KIRCHNER, Felipe. A Responsabilidade Civil Objetiva no Art. 927, Parágrafo Único, do Código Civil. In: *Revista dos Tribunais*, n. 871, p. 36-66, mai. 2008 (também publicado em NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de (Org.). *Coleção Doutrinas Essenciais*. V. 2, *Revista dos Tribunais: São Paulo*, p. 617-657, 2010).

destacar duas.

O risco-proveito, idealizado por Raymond Saleilles,⁴² encontra sustentação no princípio da correspondência entre risco e vantagem, imputando a responsabilidade àquele que auferir proveito com a atividade que ocasionou o dano, o que resta assentado no brocardo *ubi emolumentum, ibi onus* (onde está o ganho, reside o encargo).⁴³ Quem colhe os frutos da atividade perigosa deve arcar com as consequências prejudiciais que dela decorrem.⁴⁴ Por sua vez, o *risco-criado*, de Louis Josserand,⁴⁵ imputa a responsabilidade objetiva ao agente que põe em funcionamento a atividade geradora de risco, independentemente da obtenção de alguma vantagem.⁴⁶

Como o benefício econômico da operadora é evidente e incontroverso, no caso em exame a diferenciação se torna, em certa medida, despicenda. O importante é a verificação de que a operadora assume o risco pela atividade prestada pelo médico, uma vez que se aproveita economicamente da sua atividade, da qual derivou diretamente o dano experimentado pelo consumidor.

⁴²TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 808.

⁴³Defende ALVINO LIMA que a teoria do risco somente se justifica quando haja proveito para o agente causador do dano, porquanto, se o proveito é a razão de ser justificativa de arcar o agente com os riscos, na sua ausência a teoria deixa de ter fundamento. LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 198.

⁴⁴Trata-se de uma hipótese restritiva de imputação (SILVA, 1974, p. 28), pois impõe à vítima o encargo de provar a obtenção do proveito, do lucro ou da vantagem pelo autor do dano, o que importa no retorno ao problema da prova evidenciado no sistema subjetivo. Ademais, se verificam dificuldades quanto à definição do que seja *proveito* ou *benefício* – se apenas vantagens pecuniárias ou quaisquer vantagens –, o que implica na exclusão (ou não) de todos aqueles que não sejam industriais ou comerciantes.

⁴⁵TEPEDINO, BARBOZA, BODIN DE MORAES, 2006, p. 808.

⁴⁶PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 24 e 270; TEPEDINO, BARBOZA, BODIN DE MORAES, 2006, p. 807. A distinção com a teoria do risco-proveito está no fato de não relacionar o dano a um proveito ou vantagem do ofensor, o que amplia significativamente o espectro de sua incidência (PEREIRA, 2001, p. 284-285). GEORGES RIPERT entende que a teoria do risco criado “foi defendida, sem dúvida, em nome da justiça com a idéia da escolha necessária entre o autor e a vítima. Quando o prejuízo se dá não há mais, diz-se, que uma questão de atribuição a regular; não admitir o direito à reparação é condenar a vítima; por que a vítima e não o autor?” (RIPERT, Georges. *A Regra*

Verificado o atual entendimento jurisprudencial e as causas de imputação que o suportam, passa-se ao exame da conexidade contratual como causa de imputação da responsabilidade civil da operadora.

3 A CONEXIDADE CONTRATUAL COMO CAUSA DE IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

3.1 AS PECULIARIDADES PRÓPRIAS DA CONTRATAÇÃO DE PLANO DE SAÚDE À LUZ DA TEORIA SISTÊMICA

Antes de analisar as vicissitudes da teoria sistêmica, importante que se faça uma referência, ainda que breve, sobre as peculiaridades próprias que derivam da natureza do contrato de plano de saúde e também do fato deste negócio se estruturar de forma conexa.

Ocorre que os contratos de planos de saúde são pactos que possuem um enorme grau de essencialidade à vida humana, pois o seu objeto diz com um bem vital: o resguardo do bem-estar físico e mental do ser humano. Forte no paradigma da essencialidade, instituído por Teresa Negreiros,⁴⁷

Moral nas Obrigações Cíveis. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 215).

⁴⁷Parece inarredável que a Constituição Federal de 1988 hierarquiza as necessidades humanas, em seus mais variados matizes. Exemplo disso se verifica no fato de que a essencialidade de certos produtos é considerada parâmetro de tributação (arts. 153, IV, § 3.º, I e 155, § 2.º, III). Buscando uma superação do enfoque patrimonialista do direito privado brasileiro pela primazia dos valores e interesses existenciais, e considerando a unidade do sistema jurídico (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63; BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 48; FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 154; LARENZ, 1989, p. 20.), Teresa Negreiros entende que no direito civil seria aplicável uma classificação tripartida de bens em essenciais, úteis e supérfluos, conforme sua destinação em relação à pessoa. Efetuando essa nova classificação sob uma perspectiva civil-constitucional, cabe verificar a possibilidade de sua utilização como fator de diferenciação dos contratos e dos regimes jurídicos a estes aplicáveis, que tenham por objeto sua aquisição e/ou utilização (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 406, 420-423 e 459-461), pois como adverte Luiz Edson Fachin, “o conceito de necessidade pode (e deve) migrar de uma conformação meramente formal para uma expressão econômica e social” (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 187-188). Assim, como destacado, compete ao operador diferenciar os pactos que contenham interesses extrapatrimoniais daqueles em que as obrigações assumidas sirvam unicamente para a satisfação de interesses patrimoniais. E mais. Cumpre ao intérprete distinguir as situações patrimoniais qualificadas em função da utilização existencial do bem contratado, ou seja, em razão do grau de imprescindibilidade da sua

cabe ao operador realizar um processo hermenêutico⁴⁸ diferenciado ao

aquisição ou utilização pessoal para a conservação de um padrão mínimo de dignidade de quem dele necessita (NEGREIROS, 2006, p. 461-463). Para além da tentativa de tornar o direito privado e contratual mais permeável às discussões de cunho social, alçando o direito a uma vida digna à condição de necessário parâmetro de interpretação e de aplicação das normas privatistas e contratuais, a teoria ora enfrentada também serve para explicitar e sistematizar um fundamento decisório (NEGREIROS, 2006, p. 503) que já vem sendo acolhido pelos tribunais pátrios, validando e dando mais previsibilidade e segurança aos julgados. Nesse sentido: REsp 635.871/SP, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., STJ, DJ 27.09.2004, p. 271 e AgIn 70014424121, rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, 3ª Câm. Cív., TJRS, j. 27.04.2006. O paradigma da essencialidade também permite desvelar o poder negocial das partes contratantes (NEGREIROS, 2006, p. 463), pois inquestionavelmente aumenta a capacidade de imposição do fornecedor (*machtposition*) e a vulnerabilidade do consumidor com o aumento da essencialidade do bem contratado. Esta construção parece contemplada legislativamente quando o Código Civil reconhece a “necessidade” como elemento fundante de uma relação de poder nos institutos do estado de perigo (artigo 156) e da lesão (artigo 157), e quando o CDC estabelece o mesmo critério nos artigos 6.º, inciso VIII; 39, inciso IV; e 51, § 1.º, inciso III. Em síntese, os pactos subsumidos a condição de essencialidade de seu objeto, como é o caso dos contratos de plano de saúde, devem estar sujeitos a uma disciplina legal de índole tutelar (ampliando o âmbito de aplicação do CDC). Essa perspectiva (que não se confunde com uma pretensão paternalista, tendo em vista o princípio da harmonização de interesses do artigo 4º, inciso III, do CDC), redundaria, exemplificativamente, na mitigação dos efeitos da mora e do inadimplemento por parte do consumidor, resguardando-o de cláusulas resolutivas tácitas (extinção do pacto somente após interpelação judicial) e da aplicação direta dos efeitos da teoria da *exceptio non adimplendi contractus* (artigo 476 do CC/2002) (NEGREIROS, 2006, p. 484-485). Contudo, como adverte Teresa Negreiros, esta proposta não constitui alternativa a sistemática do CDC, pois longe de ser um limite, esta legislação constitui uma inspiração para o estabelecimento e aprofundamento do paradigma da essencialidade. Se em uma análise apressada a relevância desta teoria pareça restrita às hipóteses de inaplicabilidade do sistema de proteção consumerista, fundamentando a extensão do regime tutelar, cabe frisar que existem inúmeras potencialidades no próprio âmbito das relações de consumo, desvelando a relevância jurídica de que se revestem certas diferenças existentes entre os consumidores, dando ênfase normativa aos particularismos surgidos da análise concreta da relação contratual em causa (NEGREIROS, 2006, p. 488-490). Sobre o tema, a autora refere que “*acima de tudo, a relevância do paradigma da essencialidade está na função que lhe será eventualmente reservada no futuro. Referimo-nos, especificamente, à probabilidade de, num futuro mais ou menos próximo, se consolidarem os movimentos que, na esteira do liberalismo econômico, venham a revigorar o liberalismo jurídico. A classificação dos contratos em função da utilidade existencial do bem contratado poderá, nesta hipótese, servir como uma espécie de trincheira, atrás da qual sejam resguardadas as conquistas advindas da socialização do contrato em face das pressões liberalizantes trazidas pela retórica da globalização*” (NEGREIROS, 2006, p. 492-493). Essa diferenciação de situações e de sujeitos por meio do arcabouço teórico aqui proposto permite reconhecer com maior facilidade os problemas e a vulnerabilidade do consumidor no plano fático, criando uma linha de argumentação segura para o operador jurídico, o que permitirá a potencialização da proteção tutelar do CDC.

⁴⁸ Classicamente o problema hermenêutico era entendido com a divisão dos fenômenos da compreensão (*subtilitas intelligendi*), da interpretação (*subtilitas explicandi*) e da aplicação (*subtilitas applicandi*). Contudo, no paradigma gadameriano a questão hermenêutica é vista como um processo unitário (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. v. 1, 7 ed., Petrópolis: Vozes, 2005, p. 406-407; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. v. 2, 2 ed., Petrópolis: Vozes, 2004, p. 131) – diferentemente do que ocorre sob o prisma do paradigma metodológico bettiano (BETTI, 2007, p. CXII-CXIV, CXXIII, 11, 15-16, 161, 175-176

analisar os casos e aplicar a lei aos contratos de plano de saúde. Ocorre que o intérprete deve diferenciar⁴⁹ os pactos que contenham interesses extrapatrimoniais (por exemplo, garantia à saúde) daqueles em que as obrigações assumidas sirvam unicamente para a satisfação de interesses patrimoniais (distinguindo ainda as situações patrimoniais qualificadas em função da utilização existencial do bem contratado),⁵⁰ aumentando a intervenção legislativa (interferências estatais na autonomia privada e no domínio econômico) e judicial, conforme o grau de utilidade existencial atribuído ao bem contratado, o qual é enorme no caso das contratações de planos de saúde.

Cláudia Lima Marques, valendo-se dos ensinamentos de Schwabe, afirma ser o contrato um verdadeiro *“ponto de encontro dos direitos*

e 180) –, pois a interpretação não é um ato posterior e complementar à compreensão. Compreender é sempre interpretar, sendo a interpretação a forma explícita da compreensão (GADAMER, 2004, p. 29). A compreensão se dá num ato de aplicação, o qual é sempre linguístico. No sentido que é a interpretação que determina o conteúdo, o alcance, a validade e os efeitos da declaração de vontade: DANZ, Erich. *La Interpretación de los Negocios Jurídicos*. 3 ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 34-35, 70 e 179-180 e MARTINS-COSTA, 2005, p. 128.

⁴⁹Em face dos argumentos expedidos surge a seguinte questão: como hierarquizar as necessidades humanas, inexistindo um rol descritivo, por impossível uma lista exaustiva e imutável? Ruth Zimmerling propõe que as necessidades básicas se constituiriam em um instrumento para a satisfação de uma finalidade não contingente e que se explica por si mesma (não necessitando da pergunta e para que o sujeito “A” quer o bem “B”?), diferenciando, assim, as finalidades instrumentais das categóricas (que dizem com a dignidade da pessoa como tal). Enfocando o dano provocado pelo fato de não serem satisfeitas, Javier de Lucas e María José Añon entendem que são básicas as necessidades cujo não atendimento provoca graves danos à pessoa necessitada. NEGREIROS, 2006, p. 466-468.

⁵⁰Salienta Teresa Negreiros que a hierarquia estabelecida entre situação existencial e patrimonial (com prevalência daquela) não pressupõe, necessariamente, uma relação dicotômica, tanto que certos bens patrimoniais integram o substrato da realização existencial, criando um campo de interseção entre as esferas, assim como a tutela da dignidade da pessoa humana não se contrapõe à tutela do patrimônio (NEGREIROS, 2006, p. 462). No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin refere que *“a pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração”* (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 42). A teoria proposta reflete não apenas uma tendência metodológica, mas também a faticidade da preocupação com a construção de um sistema jurídico sensível aos problemas e desafios da sociedade contemporânea, entre os quais seguramente está o de *“dispor de um direito contratual que, além de estampar operações econômicas, seja primordialmente voltado à promoção da dignidade da pessoa humana”* (MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO; Gustavo (Org.) *Problemas de*

fundamentais”, defendendo que “a nova concepção mais social do contrato o visualizaria – ou revisitaria – como uma instituição jurídica flexível, que é hoje ponto de encontro de direitos constitucionais dos sujeitos envolvidos”⁵¹. Assim, tanto na relação fornecedor-consumidor, quanto na dinâmica empresarial, o contrato deve ser fonte de engrandecimento pessoal e da consecução de finalidades comuns às partes, não sendo admissível que se constitua num cativeiro invisível⁵² que aprisiona o hipossuficiente técnico, econômico, social e/ou cultural, asfixiando, em muitos casos, sua dignidade e liberdade pessoal.

Vislumbrando o aspecto da essencialidade e havendo diversas espécies de conexão, é importante perceber que dentro de cada tipo se configuram diferentes graus de conexão, podendo existir cláusulas contratuais que a acentuem ou a mitiguem. Dentro deste espectro, há uma zona limítrofe, onde a conexão pode se transformar em dominação, fazendo desaparecer a autonomia negocial da parte vulnerável, o que permite a transferência abusiva dos riscos da contratação,⁵³ muito embora a formação de redes atenda aos interesses de todas as partes contratantes. A grande possibilidade de coação derivada da transferência abusiva de riscos é inerente à contratação do plano de saúde, não apenas porque a mesma diz com objeto tão essencial ao ser humano, mas principalmente porque se está tratando de contratos de longa duração.⁵⁴

A relação contratual do consumidor com a operadora de plano de saúde se alonga no tempo, potencialmente, por décadas. O tempo neste

direito civil-constitucional. São Paulo: Renovar, p. 163-186, 2000, 163-164).

⁵¹MARQUES, 2002, p. 210-211.

⁵²XAVIER, José Tadeu Neves. Reflexões sobre os Contratos Cativos de Longa Duração. *Revista da AJURIS*, n. 95, p. 137-159, set. 2004, p. 157.

⁵³LORENZETTI, 1999, p. 65.

⁵⁴A catividade no caso dos planos de saúde advém de uma série de fatores, tais como a já mencionada essencialidade do objeto do contrato, as circunstâncias pessoais dos agentes, as falhas de mercado (ex. falta de informação), a complexidade das relações contratuais, a longa duração dos pactos e os desequilíbrios de poder internos da rede de contratos (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. t. 1, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 74-76 e 80).

tipo de contratação não é somente desejado pelas partes, mas essencial ao cumprimento das obrigações, pois os interesses dos fornecedores e do consumidor não são satisfeitos senão com uma prestação continuada e reiterada no tempo. Dessa circunstância deriva um alto grau de dependência e catividade do consumidor para com a mantenedora do plano de saúde,⁵⁵ a qual se mostra potencializada em alguns casos de hipossuficiência, como no caso do consumidor idoso. Nesse contexto, a contratação que atende aos interesses do consumidor (e isso deve ser sempre salientado) representa enorme risco de imprevisibilidade, dominação e vulnerabilidade.⁵⁶ Esta noção de catividade ou dependência deve ser entendida no contexto atual, de indução ao consumo por meio de publicidade massiva e agressiva e de insegurança quanto ao futuro.⁵⁷

O *leitmotiv* dessa nova modalidade contratual, condutora da catividade do vulnerável e da manutenção da longa duração dos pactos, é a promessa da construção de algo futuro, que surge agregada a valores como segurança, confiança e tranquilidade. A constatação destes novos parâmetros de vulnerabilidade importa na necessidade de se verificar, pormenorizadamente, a dinâmica de cumprimento e modificação das prestações no curso da execução do contrato, com as peculiaridades próprias ao contexto ora tratado.⁵⁸

⁵⁵XAVIER, 2004, p. 142-143.

⁵⁶Necessário frisar que, no caso das redes contratuais, a fragilidade do parceiro contratual não atinge apenas o consumidor, mas também a sociedade empresária vulnerável pela posição de poder (*machtposition*) do outro contratante (*v.g.* franqueado em relação ao franqueador). Assim, é imperiosa a formação de uma nova ótica acerca da confiança e lealdade contratuais e do trato dos indivíduos também nas relações comerciais.

⁵⁷MARQUES, 2002, p. 79.

⁵⁸Este aprisionamento gera a enorme dependência do consumidor na manutenção do contrato, tanto que para isso aceitará facilmente as novas imposições do fornecedor e as resoluções de outros participantes da rede, sob pena de ver frustradas todas as suas legítimas expectativas (MARQUES, 2002, p. 90; LORENZETTI, 1998b, p. 26). Nesse contexto sobressai o poder unilateral do fornecedor, que diz com a sua capacidade de subjugar o consumidor sem o seu consentimento, impondo cláusulas e diretrizes contratuais perfectibilizadoras de sua vontade. Embora o tema extrapole aos limites deste ensaio, cumpre delinear que é por esta razão que, no caso dos contratos de longa duração, as modificações contratuais devem levar em conta não somente a causa contratual, mas também a causa sistemática. A comutatividade dos

Verificadas as vicissitudes da contratação de plano de saúde à luz da teoria sistêmica, passa-se ao exame da arquitetura contratual que enseja a pactuação do consumidor com as operadoras de saúde.

3.2 A ARQUITETURA CONTRATUAL DA CONTRATAÇÃO DAS OPERADORAS DE SAÚDE E SUA INSERÇÃO NO ÂMBITO DA TEORIA SISTÊMICA

A partir da análise da arquitetura dos contratos de plano de saúde, é facilmente perceptível a existência de uma multiplicidade de pactos: (I) o contrato mantido entre a operadora de plano de saúde e o consumidor; (II) o

vínculos de larga duração deve ser interpretada mediante uma perspectiva relacional e dinâmica (LORENZETTI, 2000, p. 68). As mantenedoras de redes contratuais trabalham a assunção de riscos por meio de cálculos probabilísticos, onde quantificam os ganhos, os custos e as possibilidades de diluição dos encargos entre os participantes. O risco da sociedade empresária estaria em fazer bem ou mal este cálculo, podendo diminuir ou aumentar suas possibilidades de perda conforme a diversificação de suas atividades e sua eficiência corporativa, mas não podendo simplesmente transladar os riscos da sua atividade aos consumidores (principalmente os hipervulneráveis, como os idosos), pois isso afeta o equilíbrio sistemático (LORENZETTI, 1999, p. 72). Assim, no caso dos planos de saúde, descabe a modificação unilateral do preço no período em que o consumidor se enferma, o que ocorre com mais frequência na velhice. A rede de contratos requer uma inter-relação econômica e técnica, estabelecida no momento genético, a qual deve ser mantida para o seu funcionamento, conformando o equilíbrio objetivo com a causa sistemática. Nesse sentido, é incompatível com essa finalidade supra-contratual a imputação de cargas excessivas nas mensalidades dos consumidores idosos, quando nesta fase da vida deveriam ser protegidos em razão de sua hipossuficiência majorada. Ademais, nesta espécie contratual há, normalmente, um período de carência de serviços, onde o consumidor paga, mas não recebe nada e, levando em conta o rigor dos estudos de admissão (ex. consumidor doente somente seria admitido a um preço maior), no período subsequente à contratação é habitual que o aderente não gere grandes gastos ao grupo, sendo estes os períodos de maior rentabilidade do fornecedor. Passado um longo período, a tendência se inverte, pois a mantenedora do plano tende a gastar com o aderente mais do que recebe deste (LORENZETTI, 1999, p. 68-69). Interessante notar que é neste período que descabe à operadora transladar seus custos diretamente aos idosos, fator teleológico que motivou a edição do artigo 15, § 3º, da Lei n.º 10.741/03 (Estatuto do Idoso). A diluição dos gastos do plano ocorre de três maneiras, que devem ser quantificadas pelo mantenedor da rede através de cálculos atuariais: (I) compensação com o que foi recebido do consumidor durante a carência e no período em que não se mostrava enfermo; (II) difusão dos custos com os demais participantes do grupo (compensação entre os sãos e os enfermos); (III) incremento regular das prestações com o ingresso de novos integrantes/consumidores na rede. Nos contratos de longa duração a corresponsabilidade das prestações deve ser analisada durante todo o tempo do contrato, pois uma análise bilateral de cada momento levaria a conclusão de que não há prestações recíprocas: no primeiro momento o consumidor paga e nada recebe; posteriormente recebe mais do que paga. Nesse sentido, resta desqualificado o argumento usualmente utilizado pelas mantenedoras do plano que, pretendendo demonstrar a onerosidade de sua atividade, analisam apenas os custos presentes da relação quando o consumidor é idoso e demanda o uso efetivo do plano contratado.

contrato mantido entre a operadora de plano de saúde e seus conveniados (médicos, demais profissionais de saúde e hospitais); (III) o contrato mantido entre o consumidor e o profissional e/ou estabelecimento de saúde escolhidos (que pode envolver serviços prestados por hospital e profissionais de saúde).

Para o pensamento clássico, a análise desta multiplicidade de contratos se dá de forma unitária e isolada, posto que entabulados em instrumentos distintos e firmados com sujeitos econômicos diversos. De tal modo, sob o signo da vertente clássica, os vícios ocorridos em um determinado contrato (ex. erro médico que se concretizou na execução do contrato mantido entre o consumidor e o profissional e/ou estabelecimento de saúde) não poderiam ser opostos em contrato diverso (pacto mantido entre o consumidor e a operadora de plano de saúde), assim como não haveria extensão da responsabilidade civil de um contratante para com outro (médico em relação a operadora de plano de saúde).

Contudo, no caso do plano de saúde se está diante não apenas de contratos conexos, por estarem funcionalmente relacionados entre si, mas sim perante uma verdadeira rede de contratos, uma vez que os pactos agem estruturalmente em conjunto para a formação de um negócio econômico unitário, percepção que será aprofundada logo adiante. Nesse momento, cabe apenas frisar que cada um dos três contratos acima mencionados não possui nenhuma eficácia prática sem a existência de seus pares. Vale dizer: o contrato mantido entre consumidor e operadora depende da existência dos contratos mantidos entre esta e os seus conveniados, assim como é possível que a efetivação do serviço contratado pelo consumidor com a operadora dependa de novas contratações daquele com os profissionais e estabelecimentos de saúde conveniados.

Como a vertente clássica somente alcança a possibilidade de contaminação de efeitos e invalidades entre os contratos por meio de uma

relação de acessoriedade – relação interna unilateral, o que se encontra embasado na segunda parte da regra do artigo 184 do CC⁵⁹ –, as possibilidades de extensão de efeitos devem ser buscadas por meio de uma teoria que alcance a relação interna bilateral entre os pactos,⁶⁰ a partir da qual será possível demonstrar que, muito embora o consumidor possa ter contratado, formalmente, com sujeitos econômicos diversos, tais contratos se relacionam de maneira inseparável, a fim de regular uma operação econômica unitária.

Embora seja nova e hipercomplexa a forma de apreensão do fenômeno dos pactos conexos e das redes de contratos, existem inúmeras concepções teóricas destinadas a captar suas características e peculiaridades. Como antes mencionado, este ensaio adota como norte a formulação proposta por Ricardo Lorenzetti, denominada *teoria sistêmica do contrato*, que além de acolher os pressupostos descritivos do modelo relacional de Ian Macneil,⁶¹ aponta elementos para resolver os problemas

⁵⁹Art. 184. (...) a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

⁶⁰As relações entre os pactos será desvelada, ainda neste tópico, sob o prisma da doutrina de Enneccerus (ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil: parte general*. tomo I, v. 2, Barcelona: Bosch, 1954).

⁶¹Interessante paradigma teórico se encontra na estrutura de modelos contratuais proposta por Ian Macneil. O autor indica que no *modelo clássico* o contrato possui como características a descontinuidade (atos contratuais independentes e autônomos), a impessoalidade (transação definida sem quantificar a qualidade das partes), a presentificação (contrato planeja no presente todos comportamentos futuros) e o individualismo (conduta egoísta e antagonista dos contratantes, visando a obtenção da maior vantagem econômica possível). Já no *modelo relacional* (que supera o *modelo neoclássico*) o contrato (de longa duração) detém como peculiaridades as transações contínuas, a abertura (grande mutabilidade de parâmetros contratuais), a procedimentalidade ou desmaterialização do objeto (pacto se limita a estabelecer processos institucionais pelos quais os termos de trocas e ajustes serão especificados no curso do cumprimento contratual), a alta exigência de relações primárias e a cooperação e a solidariedade como vetores intrínsecos da pactuação (contrato estabelece processos de cooperação interorganizacional na atividade comercial) (MACNEIL, Ian. *The Relational Theory of Contract: selected works of Ian Macneil*. Londres: Sweet & Maxwell, 2001; MACEDO JÚNIOR, 1999, p. 105-107; 116-117 e 125-131; LORENZETTI, 2000, p. 68-69; LORENZETTI, 1998b, p. 24-28 e LORENZETTI, 1999, p. 45-46). Esta categorização interessa diretamente ao presente ensaio, pois estando o fenômeno da conexidade inserido no modelo relacional, deve-se verificar que nos contratos conexos os benefícios e ônus são compartilhados entre os contraentes, o que desconstrói a pretensão dos fornecedores de transferir totalmente os ônus e os riscos do negócio aos consumidores, como costuma ocorrer no modelo clássico (MACEDO JÚNIOR, 1999, p. 156-163, 167-169, 189 e 208).

que lhe são próprios.⁶²

Como antes mencionado, a escolha pela teoria sistêmica não é aleatória. Este paradigma é privilegiado do ponto de vista teórico, e pelos seus pressupostos será possível verificar que a complexa arquitetura contratual que estrutura normativamente o plano de saúde sustenta um negócio unitário.

O modelo sistêmico não enfoca as relações contratuais unitárias, como faz o pensamento clássico, mas antes põem em relevo a interação da multiplicidade de vínculos que atuam de forma relacionada para a formação de um determinado negócio econômico, qual seja, o plano de saúde. Desta feita, a incontroversa conexão existente entre os múltiplos contratos supramencionados é analisada partindo da estratégia geral do negócio econômico (prestação do serviço de plano de saúde), chegando posteriormente aos seus elementos constitutivos (contratos firmados entre operador, consumidor e profissionais e estabelecimentos de saúde) e as circunstancialidades neles ocorridas (ex erro médico, negativa de cobertura, ausência de pagamento da mensalidade, etc.).

Antes de adentrar na análise dos pressupostos teóricos da conexão contratual, cumpre definir algumas questões dogmáticas acerca da teoria sistêmica, paradigma aqui adotado, iniciando pela análise dos seus objetivos e limites, para que após possa ser alcançada a sua dimensão estrutural.

⁶²Ricardo Lorenzetti entende a tese dos contratos relacionais de Ian Macneil como sendo uma proposta que visa a descrição do fenômeno, não aportando elementos para resolver os problemas que se apresentam, o que em uma análise superficial poderia indicar um certo antagonismo entre o pensamento do jurista norte-americano e sua *teoria sistêmica* (LORENZETTI, 1999, p. 50-51). Contudo, uma análise mais detida indica que a *teoria relacional* é absolutamente complementar à *teoria sistêmica*, pois a singularidade de seus pontos de vista não desnaturaram as convergências em diversos tópicos fundamentais, não havendo contradições ou exclusões mútuas entre estas orientações, que de forma conjunta formam um interessante marco na construção de uma teoria da conexão contratual. Enquanto Ian Macneil bem descreve os pressupostos do fenômeno, Ricardo Lorenzetti aporta elementos de enfrentamento da problemática da conexão no plano da *práxis* jurídica e econômica.

A conexidade é um fenômeno que compreende o estudo de todas as relações em que os contratos são instrumentos para a realização de uma operação econômica global, o que inclui as relações de consumo entre grupos de fornecedores e de consumidores e as relações interempresariais, hipótese na qual se encontram subsumidas as redes associativas, as cadeias contratuais e a terceirização.⁶³

Cláudia Lima Marques define a conexidade como sendo “o fenômeno operacional econômico de multiplicidade de vínculos, contratos, pessoas e operações, para atingir um fim econômico unitário.”⁶⁴ Essa conceituação conjuga dois elementos de suma importância: a pluralidade de negócios jurídicos e a unidade de operação econômica. Porém, a noção ainda pode ser alcançada por intermédio da idéia de função contratual, no sentido de que são conexos os contratos que, para além de sua função individual específica, apresentam juntos uma função ulterior de natureza supracontratual (causa sistemática que ultrapassa a soma das finalidades contratuais individuais).⁶⁵ São estes os pressupostos que perpassam as diferentes abordagens feitas nos diversos sistemas jurídicos.

O fenômeno da conexidade “nasce da especialização das tarefas produtivas” – que impõe uma racionalização da empresa e da lógica econômica, fulcrada na cooperação que visa baixar custos, diminuir riscos e aumentar a eficiência (produtiva e de vendas) das partes contratantes – “da formação de rede de fornecedores no mercado e, eventualmente, da vontade das partes”.⁶⁶ Os contratos coligados são frutos da hipercomplexidade das relações socioeconômicas da atualidade, bem como da crescente especialização das atividades produtivas e da divisão de trabalho,⁶⁷ o que é marcante no caso do negócio estruturado pelas

⁶³LORENZETTI, 1999, p. 43.

⁶⁴MARQUES, 2002b, p. 93.

⁶⁵KONDER, 2006, p. 95, 189 e 275-277.

⁶⁶MARQUES, 2002b, p. 93.

⁶⁷ENEI, 2003, p. 113.

operadoras de plano de saúde.

Destacada a ascendência teleológica da teoria, cumpre enfrentar, no plano dogmático, as diversas espécies de conexão, aqui se utilizando da classificação de contratos coligados de Enneccerus.⁶⁸ Primeiro, há *conexão externa* quando dois ou mais contratos individualizados se encontram unidos em um mesmo instrumento, sem que haja influência direta entre os mesmos (ex. contrato que tem como objeto a compra e o conserto de relógios).⁶⁹ Segundo, há *conexão interna* ou *conexão com dependência* quando dois ou mais contratos individualizados se encontram unidos por um vínculo substancial, verificado a partir da supramencionada noção de operação econômica. Esta espécie se subdivide em *conexão interna unilateral*, quando apenas um contrato depende do outro (ex. contrato de sublocação ou de garantia); e *conexão interna bilateral*,⁷⁰ quando existe uma relação de mútua dependência funcional que atinge a existência e a validade interdependente dos pactos (ex. contratos de consumo financiado, plano de saúde, *leasing* e cartão de crédito).⁷¹ Por fim, há *conexão alternativa* quando uma condição prevista em um contrato inicial faz surgir o contrato secundário, funcionalmente vinculado ao primeiro (ex. promessa de compra e venda).⁷²

⁶⁸ENNECCERUS, 1954, p. 6-7.

⁶⁹LEONARDO, 2003, p. 123.

⁷⁰A *conexão interna bilateral* também é denominada de *conexão com interdependência* e *conexão com vínculo hierárquico* ou *com vínculo de coordenação*. ENEI, 2003, p. 116.

⁷¹MOSSET ITURRASPE, 1999, p. 53; WEINGARTEN, Célia. *Leasing: ley 25.248 – contratos conexacos y reparación de daños. Revista de Derecho do Consumidor*, n. 44, out-dez, 2002, p. 10. O caso do *cartão de crédito* bem exemplifica a interdependência existente na rede de contratos, onde o sistema compreende, no mínimo, três contraentes, com pelo menos três pactos firmados: *contrato de financiamento na modalidade cartão de crédito* entre a administradora e o consumidor; *contrato de credenciamento* entre a administradora do cartão e o lojista; e *contrato de fornecimento* entre o lojista e o consumidor (ENEI, 2003, p. 119).

⁷²Francesco Messineo e Claudio Scognamiglio apresentam a distinção entre *conexão genética*, que ocorre quando um contrato exerce influência apenas na fase de formação de outro (ex. contrato preliminar e contrato definitivo), e *conexão funcional*, quando a influência abarca a formação e a execução dos pactos, ligando seus destinos de forma incondicional (MESSINEO, Francesco. *Contratto Collegato. Enciclopedia del Diritto*, tomo X, Milano: Giuffrè, 1962, p. 51 e SCOGNAMIGLIO, Renato. *Collegamento Negoziale. Enciclopedia del Diritto*, tomo VII, Milano: Giuffrè, 1960, p. 378-380). Nesses termos, a plena união contratual se dá na *conexão*

A relação de mútua dependência funcional existente na rede formada pelos contratos firmados pelo consumidor, operadora de plano de saúde e agentes de saúde (hospitais e médicos), atinge a existência e a validade interdependente dos pactos, razão pela qual a contiguação de efeitos e invalidades entre os contratos não ocorre somente quando verificada uma situação de acessoriedade, posto que a multiplicidade de pactos gera uma única operação econômica, engendrada pela complexa estrutura contratual. Assim, no caso do plano de saúde, se verifica não apenas uma conexão, mas a formação de uma rede de contratos, posto que a evidente conexão não é individualizada, mas estrutural.

Em uma rede de contratos a conexão é o fator que fundamenta a existência de elementos próprios da organização contratual⁷³ – tais como a *causa sistemática*, a *finalidade supracontratual* e a *reciprocidade sistemática das obrigações* –, dando origem a novas obrigações (sistemáticas) que se juntam aos deveres principais e acessórios das partes contratantes.⁷⁴ Se em todo contrato há uma finalidade perseguida pelos contraentes, no caso dos pactos coligados (ou naqueles formadores de uma rede, como aqui enfocado) há uma finalidade supracontratual, que é mais ampla do que a soma dos objetivos perseguidos pelas convenções que mantêm a sua individualidade.

Em um viés subjetivista, o interesse do grupo no funcionamento do

funcional.

⁷³As potencialidades do enquadramento da conexão contratual são enormes. Exemplificando a amplitude da aplicação prática e doutrinária da teoria, cabe mencionar o interessante estudo de Arnoldo Wald sobre a extensão de efeitos da cláusula compromissória em face do reconhecimento da vinculação de contratos (WALD, Arnoldo. *A Arbitragem, os Grupos Societários e os Conjuntos de Contratos Conexos. Revista de Arbitragem e Mediação*. n. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, mai/ago 2004), e o parecer de José Carlos Barbosa Moreira enfocando aspectos do processo civil no campo da conexão contratual (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Unidade ou Pluralidade de Contratos – contratos conexos, vinculados ou coligados. Litisconsórcio Necessário e Litisconsórcio Facultativo – comunhão de interesses, conexão de causas e afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. Revista dos Tribunais*, n. 817, nov. 2003).

⁷⁴LORENZETTI, 1999, p. 55. Estas obrigações sistemáticas tem como fontes a lei ou a vontade das partes (MOSSET ITURRASPE, 1999, p. 63-64; MARQUES, 2002b, p. 93).

sistema e na consecução do negócio é o fator que mantém unidos os distintos contratos. Em se tratando de um interesse sistemático, que transcende a motivação de um titular individual, a noção perde a sua carga subjetiva, passando a funcionar no plano da objetividade do negócio jurídico.⁷⁵ A união de pactos estruturalmente diferenciados se dá com a existência de um determinado nexos entre os mesmos, o qual deve ser alcançado no plano da economicidade do negócio.⁷⁶

Sob a perspectiva da realidade socioeconômica, se verifica que todos os tipos de contratos engendram, em última análise, operações econômicas, sendo este um parâmetro relevante para a superação do dogma estruturalista (jurídico-formal).⁷⁷ Ao vislumbrar que o direito passou a assumir papel regulador da dinâmica econômica, Enzo Roppo bem argumenta que *“falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, direta ou mediatamente – para a idéia de operação econômica.”*⁷⁸ A partir da concepção de que o vínculo econômico entre os contratos se duplica em um vínculo jurídico, é possível o abandono do enfoque voluntarista que busca o nexos contratual na vontade das partes, assumindo uma interessante posição objetivista baseada na noção de causa, onde a conexidade é dada pelo negócio ao qual servem os

⁷⁵MOSSET ITURRASPE, 1999, p. 22. O interesse sistemático está intrinsecamente vinculado ao chamado princípio da coordenação, que impõe uma atuação coordenada dos participantes da rede, conforme as suas competências, na consecução da finalidade supracontratual, o que faz surgir um dever secundário de conduta de colaboração ao funcionamento e à manutenção do sistema (LORENZETTI, 1999, p. 65-66).

⁷⁶LEONARDO, 2003, p. 121.

⁷⁷LEONARDO, 2003, p. 19. No entanto, deve-se ressaltar que o reconhecimento da importância do sentido econômico da operação contratual não desvirtua sua dimensão situada e ontológica, pois além da autonomia privada estar vinculada a *dignidade da pessoa humana* (LEONARDO, 2003, p. 73 e 82) e ao *livre desenvolvimento da personalidade* (como instrumento de autodeterminação), o contrato é, por natureza, um meio de exprimir preferências subjetivas em relação aos bens e as pessoas (simpatias, aversões, afetos e repulsas), contemplando uma liberdade emocional e de sentimentos que juridicamente nem sempre pode ser apreendidas por critérios de racionalidade (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A Constitucionalização do Direito Civil. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXIV, 1998, p. 743).

⁷⁸ROPPO, 1988, p. 8 e 23.

contratos.⁷⁹

Desenvolvendo esta linha de raciocínio, Iturraspe entende que a troca do paradigma individualista para as contratações em grupo não é casual, pois os contratantes passam a perseguir um resultado negocial vinculado a uma operação econômica global, com contratos entrelaçados num único conjunto econômico, sendo que o enfoque deve ser dado ao *negócio*, e não mais ao *contrato* (enquanto objeto único de análise).⁸⁰ Interessante assinalar, desde já, as conclusões da Comissão III da VI Jornadas Nacional de Derecho Civil (Argentina):

Habr  contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebran, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos, vinculados entre si, a través de una finalidad econ mica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jur dicamente, en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto, o en las bases del negocio.⁸¹

Ricardo Lorenzetti bem refere que existem inúmeras situa es em que somente com a pactua o de vários contratos conexos as partes conseguirão alcançar a finalidade econ mica perseguida, como   o caso dos planos de saúde. A própria realidade (e o costume) demonstra que a idéia de *negócio*   mais ampla que a de *contrato*, pois quando se quer entabular um *negócio*, as partes se utilizam dos *contratos* como instrumentos, agrupando-os de tal modo que produzam o efeito desejado.⁸²

A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem reconhecido a primazia da opera o econ mica e a conseqüente conexão entre contratos, como bem demonstram os seguintes casos paradigmáticos enfrentados pelo STF: RE 86.246,⁸³ RE-EDv 78.162⁸⁴ e AI 62.684.⁸⁵

⁷⁹LORENZETTI, 1999, p. 53.

⁸⁰MOSSET ITURRASPE, 1999, p. 9.

⁸¹LORENZETTI, 1999, p. 54-55.

⁸²LORENZETTI, 1999, p. 38-39.

⁸³CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA MERCANTIL LIGADO A CONTRATO INOMINADO (DITO DE COMODATO). COLIGA O DE CONTRATOS, EM QUE O PRIMEIRO E O PRINCIPAL, E O SEGUNDO ACESSÓRIO. Coliga o todavia, que, em face da finalidade econ mica dos contratos, se configura como coliga o com dependência bilateral, segundo a

A teoria sistêmica não enfoca o contrato, mas sim a interação da multiplicidade de vínculos que atuam de forma relacionada para a formação de um negócio, permitindo estabelecer a existência de uma finalidade supracontratual que se refere aos objetivos almejados (e somente alcançados) por intermédio da mencionada pluralidade de pactos, justificando, conseqüentemente, o nascimento e funcionamento da rede.⁸⁶ Se o manejo da teoria requer uma compreensão de sistema e de uma teoria sistêmica,⁸⁷ o essencial a ser observado pelo operador jurídico é que o

classificação de contratos coligados de Enneccerus. Em tais casos, quando o inadimplemento diz respeito a finalidade econômica dessa coligação, aplica-se, apenas, a cláusula penal do contrato principal, ou seja, do de promessa de compra e venda mercantil. A cláusula penal do contrato acessório só poderia ser aplicada se, também, tivesse sido descumprida uma de suas obrigações específicas e, portanto, desvinculadas do inadimplemento da função econômica da coligação, como, a título exemplificativo, a recusa de restituição dos equipamentos dados em empréstimo. Recurso extraordinário conhecido em virtude do dissídio de jurisprudência, mas não provido. RE 86.246, Relator Ministro Moreira Alves, 2ª Turma, STF, DJ 01.04.1977.

⁸⁴CONTRATOS COLIGADOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA MERCANTIL E DE COMODATO, CELEBRADOS POR EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE DERIVADOS DE PETRÓLEO E SEUS REVENDEDORES. Ocorrendo inadimplemento de ambos, cabe a imposição, tão-somente, da multa convencionada no contrato principal, o de promessa de compra e venda, e não daquela prevista no de comodato. Embargos conhecidos e recebidos. RE-EDv 78.162, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, Tribunal Pleno, STF, DJ 02.06.1978, p. 03930, Ement v. 01098-01, p. 00268 e RTJ v. 00086-02, p. 00501. No mesmo sentido: Embargos no RE 84727, Relator Ministro Bilac Pinto, Tribunal Pleno, STF, DJ 11.09.1978, p. 06790, Ement. V. 01106-02, p. 00719 e RTJ, v. 00087-01, p. 00192.

⁸⁵COMODATO MODAL - MULTA. 1. Não repugna ao direito brasileiro o comodato modal em que o instrumento respectivo pactuou contraprestações a favor do comodante. 2. Jungido a uma promessa de compra de mercadorias do comodante, celebrado por outro instrumento no mesmo dia, o comodato não pode ser cindido, porque ambos os contratos integram um negócio jurídico complexo, legítimo, em face da autodeterminação individual de ambos os contratantes. 3. Na pior hipótese, em tais circunstâncias, o comodato ter-se-a transubstanciado em contrato inominado ou atípico, mas licito e eficaz. AI 62684, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, 1ª Turma, STF, DJ 25.04.1975.

⁸⁶ O sistema contratual, enquanto conjunto unitário e coordenado de elementos/pactos dirigidos a um fim (adimplemento e realização da operação econômica), não surge pela mera existência de uma pluralidade de contratos sobre um mesmo bem, pois nem sempre a uma realidade econômica responde uma jurídica, sendo tênue o limite entre o contrato complexo e o complexo de contratos. Cabe ao operador, atento as peculiaridades do caso (em um necessário raciocinar por concreção), verificar a interdependência que não seja tão forte a ponto de caracterizar um único contrato, nem tão fraca a ponto de eliminar a conexão entre eles (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *O Sistema Contratual do Cartão de Crédito*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 27 e 32-33).

⁸⁷LORENZETTI, 1999, p. 50-51 e 70. Como afirma Gerson Branco, a noção de sistema é importante para a teoria contratual na compreensão da ligação normativa existente entre as regras da autonomia privada, da ordem jurídica e do conjunto de contratos necessários para a realização de uma determinada operação econômica (BRANCO, 1998, p. 19). Embora historicamente a noção de sistema remeta às idéias de conjunto, ordem, coerência e unidade

efeito do conjunto é superior a soma das individualidades de pactos.⁸⁸

Ricardo Lorenzetti assim se posiciona:

Un sistema es un conjunto de partes interdependientes de modo tal que una de ellas no puede existir plenamente sin el concurso de las otras. Cuando hay un “sistema de contratos” ocurre exactamente lo mismo, de modo que hay un problema de convivencia; son contratos distintos, pero no pueden convivir uno sin el otro; no funciona ninguno si el sistema fracasa. (...) El enfoque no puede basarse en el contrato, sino en la interacción de un grupo de contratos que actúan en forma relacionada, de modo que el contrato es un instrumento para la realización de negocios. (...) El interés, en la conexidad no es intracontractual, sino supracontractual. Se sitúa más allá del contrato, en el plano del negocio. Los contratos son un instrumento para la realización del negocio global o del sistema ideado. (...) hay una finalidad económico-social que trasciende la individualidad de cada contrato y que constituye la razón de ser de su unión; si se desequilibra la misma se afecta todo el sistema y no un sólo contrato.⁸⁹

No mesmo sentido as conclusões da Comissão III da VI Jornadas Nacional de Derecho Civil (Argentina):

(MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 40), estas são as principais características do pensamento sistemático: (1) compreensão do objeto (ordenamento, contrato ou rede) na sua real condição de *totalidade axiológica*, vislumbrando o que se pode denominar de *inseparabilidade das normas* (solução interpretativa buscada na complexa inter-relação que os textos guardam uns com os outros); (2) existência de uma *unidade interna* (relação de todos os elementos constitutivos do sistema com o seu núcleo fundamental, permitindo reconhecer o objeto como algo coeso do ponto de vista do sentido); (3) verificação de uma *ordem hierárquica interna*, de natureza formal e material, com o reconhecimento da supremacia de certos textos normativos (ex. Constituição e CDC); (4) reconhecimento de uma *ordenação axiológica ou teleológica interna*, pois o direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas; (5) apreensão da (relativa) *abertura do sistema* (LARENZ, 1989, p. 20, 531, 579 e 592; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste, 1989, p. 12, 156; BOBBIO, 1997, p. 19-21, 49; KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247; REALE, 2002, p. 63; MARTINS-COSTA, 2000, p. 41, 43 e 220). Demonstrando a aplicação da teoria no âmbito das redes contratuais, Rodrigo Xavier Leonardo menciona a unidade (tendo como vetores a conexão, a causa sistemática e o propósito comum) e a ordem (deveres laterais) como sendo as principais características do fenômeno (LEONARDO, 2003, p. 145-153; LEONARDO, Rodrigo Xavier. A Teoria das Redes Contratuais e a Função Social do Contrato: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, n. 832, fev. 2005, p. 103).

⁸⁸LORENZETTI, 1999, p. 60.

⁸⁹LORENZETTI, 1998b, p. 30, 32, 34 e 38-39. O autor ainda aporta a auto-referência, a auto-organização e a *homeostasis* como sendo características intrínsecas dos sistemas normativos (LORENZETTI, Ricardo Luis. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos de Servicios a los Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 16).

El sistema es un grupo de contratos individuales conectados por una operación económica diferente de cada uno de los vínculos individuales. Son elementos del sistema: a) la causa sistemática, que justifica un equilibrio del sistema que permite el funcionamiento de las uniones de contratos; b) las obligaciones y deberes colaterales sistemáticos, en virtud de los cuales los integrantes tienen deberes y obligaciones respecto de los demás miembros o de terceros, que tienen su origen en el sistema.⁹⁰

O caráter sistemático acima referido resta evidenciado na ligação econômica dos contratos,⁹¹ de forma que eventos ocorridos em um elemento do sistema (pacto isolado) se refletem (em maior ou menor proporção) em todo o sistema,⁹² o que impõe as partes deveres anexos de preservação do conjunto e de colaboração para a consecução da finalidade comum da contratação em rede,⁹³ a qual é sempre supracontratual.⁹⁴

Conforme acentua Ricardo Lorenzetti, a conexidade das redes deve ser analisada partindo da estratégia geral do negócio que dá origem ao sistema e se translada nos elementos constitutivos dos contratos individuais que a compõe (v.g. circunstâncias, objeto e consentimento),⁹⁵ com a

⁹⁰LORENZETTI, 1999, p. 54-55.

⁹¹Como o nexo de conexidade é alcançado a partir da operação econômica tutelada pelos contratos, seu reconhecimento independe da existência de manifestação expressa dos contratantes visando interligar os pactos estruturalmente diferenciados (coligamento subjetivo). LEONARDO, 2005, p. 103.

⁹²LEONARDO, 2003, p. 133.

⁹³BRANCO, 1998, p. 123. Em termos de doutrina nacional, em 1962 Pontes de Miranda já reconhecia a existência da conexão contratual fulcrada em um fim comum do negócio (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t. XXXVIII, p. 368), porém um dos primeiros doutrinadores brasileiros a se debruçar sobre o tema da conexidade foi Waldirio Bulgarelli (BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997)..

⁹⁴O mencionado dever de preservação do conjunto diz diretamente com a conduta das partes, pois passam a ser consideradas ilícitas certas ações que, embora autorizadas pelo contrato isolado, em um viés sistemático atentam contra a integridade do conjunto ou qualquer de suas unidades. Já o dever de colaboração para a consecução do fim comum se refere ao cumprimento das obrigações visando sempre o elemento teleológico da rede. LORENZETTI, 1998b, p. 39; ENEL, 2003, p. 123; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos quanto ao Número de Partes e quanto aos Efeitos. Os Contratos Relacionais. A Boa-Fé nos Contratos Relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva. Sinalma e Resolução Contratual. Resolução Parcial do Contrato. Função Social do Contrato. *Revista dos Tribunais*, n. 832, p. 113-137, fev. 2005, p. 123.

⁹⁵O operador não deve tentar percorrer o caminho inverso, como tem feito a doutrina majoritária, que parte de cada contrato para buscar o elemento que o une com os demais. A

posterior verificação de seus aspectos internos e externos.

As relações internas dizem com a dinâmica estrutural e funcional existente entre os fornecedores que integram a rede de contratos.⁹⁶ Como concluído pela doutrina argentina, *“en las relaciones internas las redes presentan un nexo que está vinculado a la colaboración asociativa o gestoria entre las partes que la integran, las que son susceptibles de control judicial en los casos en que se produce un desequilibrio del sistema por abuso del derecho o de la posición dominante del organizador.”*⁹⁷

Contudo, a mera verificação da existência da conexidade não basta aos desideratos deste ensaio, razão pela qual se passa a análise dos pressupostos para a configuração da contigiação de efeitos e invalidades entre os contratos que formam esse negócio jurídico uno denominado plano de saúde.

3.3 OS PRESSUPOSTOS PARA VERIFICAÇÃO DA CONEXIDADE

Apresentada as peculiaridades próprias da complexa arquitetura contratual que enseja a pactuação do consumidor com as operadoras de saúde, cabe adentrar no exame dos pressupostos para a verificação da conexidade e extensão dos efeitos.⁹⁸ Devido aos restritos limites deste

apreensão do fenômeno da conexidade depende de uma análise que parta do negócio global para o contrato, e não do contrato para o negócio. LORENZETTI, 1999, p. 56.

⁹⁶ Internamente as redes apresentam um nexo que impõe a colaboração das partes que a integram, aspecto este que acaba definindo a estrutura e a natureza da própria rede de contratos. Em termos exemplificativos, tem-se a *colaboração de gestão* quando um fornecedor se vale de outro para a realização de tarefas que não poderia executar por si mesmo, não havendo um compartimento do interesse do negócio, mas uma mera delegação da execução (v.g. redes de distribuição, franquia e de concessionários). Já na *colaboração associativa* se evidenciam finalidades comuns entre os fornecedores, com o conseqüente compartilhamento do interesse do negócio, o que pode ocorrer com ou sem a formação de uma figura organizativa própria (sociedade ou união transitória de empresas) (ex. hipercentros de consumo, pacotes de negócios e subcontratação massiva). LORENZETTI, 1999, p. 58-60 e 82.

⁹⁷ LORENZETTI, 1999, p. 54-55.

⁹⁸ É de todo evidente que a transferência das vicissitudes, a permissão da oposição das exceções e o permissivo para o manejo da ação direta em matéria de responsabilidade não são efeitos automáticos do reconhecimento da conexidade, pois deve ser considerada a validade da principiologia clássica (ex. princípio da conservação *versus* a transferência das vicissitudes), razão pela qual o operador deve sempre avaliar a configuração de dano ou prejuízo à função supracontratual do regulamento de interesses estabelecido

ensaio, esta análise será feita de forma específica, apresentando pormenorizadamente oito causas de responsabilidade jurídica de terceiro integrante da rede.⁹⁹

A primeira causa de imputação surge na configuração de responsabilidade negocial por *dependência* ou *ato de dependente*.¹⁰⁰ Esta hipótese ocorre quando há uma delegação ou “autorização” de um integrante da rede à prática de atos negociais por outro. É usual que o agente econômico que “autoriza” o agir do terceiro mantenha o poder de eleição e de controle sobre a atividade comercial, como ocorre no caso de fabricante que mantém terceiros autorizados para efetuar a manutenção de seus produtos.¹⁰¹ Na caso específico do plano de saúde se verifica claramente a dependência do agir do médico ou profissional de saúde responsável pelo defeito experimentado pelo consumidor, com relação à operadora, que mantém o direito de eleição e de controle sobre a atividade desenvolvida pelos profissionais credenciados.

A segunda causa envolve o *controle* da atividade comercial prestada pelo agente causador do dano, o que se verifica quando um integrante da rede exerce controle específico sobre a atividade de outro. A existência de

plurinegocialmente (KONDER, 2006, p. 219-220).

⁹⁹ LORENZETTI, 1999, p. 56-57; LORENZETTI, 2000, p. 71.

¹⁰⁰ Mosset Iturraspe entende que esta tese seria uma derivação da teoria do cúmplice ou co-autor do direito penal (MOSSET ITURRASPE, 1999, p. 141). Nesse sentido a Súmula 331, do TST: “(...) IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.”

¹⁰¹ A vinculação também pode ser buscada em razão da dependência técnica. Em termo de direito comparado, há interessante julgado paradigma oriundo da jurisprudência Argentina (caso *Baskir* de 06.06.1996). Trata-se do caso de um consumidor que adquiriu uma lava-louça que veio a apresentar defeitos. Ao ser atendido pelo serviço de assistência técnica indicado pelo fornecedor, houve uma conduta culposa deste que acarretou na inundação do apartamento do adquirente. Mesmo havendo contratos independentes e com obrigações distintas (de dar e de fazer), foi reconhecida a vinculação devido à dependência técnica, pois embora não houvesse dependência laboral ou a constituição de uma sociedade de vínculo associativo na indicação da assistência técnica pelo vendedor, havia um interesse econômico de ambos os fornecedores em contratar agrupadamente, obtendo assim inúmeros benefícios econômicos. LORENZETTI, 1999, p. 88-89.

definição da atividade é hialina no caso do contrato de plano de saúde, uma vez que a operadora define balizas e, assim, controla a atividade dos médicos e estabelecimentos de saúde conveniados.

A terceira causa de responsabilização diz com a *aparência* jurídica criada pela atividade desempenhada, o que enseja ação contra o titular da marca de um produto comercializado. Uma vez que a Teoria da Aparência já foi analisada em tópico próprio, onde inclusive se verificou que esta vertente se constitui em causa de imputação da responsabilidade reconhecida expressamente pela jurisprudência nacional, deixa-se de tecer maiores considerações teóricas acerca do assunto.

A quarta causa de atribuição de responsabilidade diz com o *risco* da atividade. Este se concretiza primariamente quando um dos integrantes da rede utiliza, na sua atividade comercial, bens ou utilidades perigosas de propriedade de outro. Juridicamente, o risco se verifica quando é atributo da atividade, ou seja, nas hipóteses em que está presente permanentemente no desenvolvimento do exercício profissional, e não apenas acidentalmente. Isso se verifica no caso em exame, uma vez que procedimentos médicos, mais ou menos invasivos, sempre importam em um risco inerente, uma vez que dependem da exposição do paciente a variáveis internas e externas impossíveis de serem objetivamente verificadas em caráter prévio (ex. resposta orgânica à intervenção e possibilidade de infecções hospitalares).¹⁰² Sendo tópico também já tratado, quando definido tratar-se de causa reconhecida expressamente pela jurisprudência nacional, cabe apenas reforçar que a operadora assume o risco pela atividade prestada

¹⁰²É indubitoso que, dentre as atividades desempenhadas pelo homem, umas podem ser consideradas mais perigosas para a vida, a saúde, a personalidade e o patrimônio dos indivíduos do que outras. Vários critérios podem ser utilizados para mensurar o que sejam as atividades perigosas (análise empírica, negativa, estatística ou econômica) (TEPEDINO, BARBOZA, BODIN DE MORAES, 2006, p. 810), contudo é inequívoco que tanto as atividades que acarretam pouco risco quanto aquelas que acarretam muito risco ou, ainda, tanto as atividades que trazem risco individual quanto aquelas que atingem toda coletividade, estarão indistintamente subsumidas à responsabilização pelo risco, abrangendo, assim, a atividade médica.

pelo médico, uma vez que se aproveita economicamente da sua atividade, da qual derivou diretamente o dano experimentado pelo consumidor.

Ainda, Lorenzetti apresenta como hipótese de responsabilização do terceiro integrante da rede, nas relações de consumo, a também já revisitada *imputação solidária*, que aqui no Brasil é suportada pelo artigo 7º, parágrafo único, do CDC¹⁰³ com aplicação direta e reconhecida na seara dos planos de saúde, o que desmerece maiores considerações, tendo em vista o que até então foi declinado sobre o tema.

Outra hipótese reconhecida de imputação pela conexidade é a existência de *vínculo associativo* entre os integrantes da rede.¹⁰⁴ Isso ocorre quando há formalização de associação ou acordo entre os fornecedores, muito embora esta pactuação formal não seja essencial para o reconhecimento da conexidade. No caso em exame, a análise da arquitetura contratual da contratação das operadoras de saúde, ainda mais perante a teoria sistêmica, indica a existência de vínculo associativo entre operadoras, hospitais e profissionais de saúde (médicos, enfermeiros, etc.), aspecto apenas reforçado quando se está tratando de cooperativa médica.

Interessante critério de verificação da imputação na rede de contratos é a chamada *estrutura de vínculo obrigatório*, a qual existe quando há uma diminuição da liberdade de escolha de um dos contratantes em face da estipulação do fornecedor integrante da rede. Esta ocorrência é objetivamente verificável nos contratos de plano de saúde, os quais normalmente limitam a escolha do consumidor a determinados médicos e estabelecimentos de saúde conveniados. Sinal-se que a absorção (total ou parcial) da capacidade de eleição de um dos contratantes melhora a posição econômica e estratégica no contrato daquele que detém o poder de

¹⁰³Art. 7º. (...) Parágrafo Único - Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

¹⁰⁴A hipótese de responsabilização por vínculo associativo não é estranha ao ordenamento nacional, tendo em vista a regra do artigo 28, § 2º, do CDC: “Art. 28. (...) § 2º - As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente

controle, com a obtenção de inúmeros benefícios, os quais devem ser complementados com os custos associados, de onde deriva a responsabilidade. Em termos jurídicos, normalmente o risco derivado de uma liberdade de escolha – de um médico ou de um serviço de assistência técnica de má qualidade – é suportado por quem a exerce. Contudo, quando um fornecedor se interpõe nessa relação e absorve a liberdade de eleição do consumidor, limitando o número de ofertantes (pois a manutenção da plena liberdade de escolha acarretaria um custo muito elevado), acaba transferindo os seus riscos, pois não é possível absorver a liberdade de escolha sem assumir os riscos que ela acarreta.

Por fim, Lorenzetti aponta como causa de imputação a existência de contrato em favor de terceiros, hipótese na qual se outorga ação direta ao beneficiário de uma estipulação alheia, como é o caso do paciente em contrato médico-sanatório. No ordenamento nacional esta situação é suportada pela regra do artigo 436 do Código Civil.¹⁰⁵

Apresentados os pressupostos de verificação da conexidade, mister se faz referir que basta que se verifique qualquer destas causas para que haja a possibilidade do consumidor repercutir as vicissitudes de um contrato no conexo, opor as exceções se um dos contratos não for cumprido e manejar ação direta em matéria de responsabilidade.

4 OS EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA CONEXIDADE E O SEU AMPARO NORMATIVO E JURISPRUDENCIAL

4.1 OS EFEITOS DA CONEXIDADE CONTRATUAL NO ÂMBITO DA TEORIA SISTÊMICA

Como visto, a unidade da operação econômica que liga operadoras,

responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.”

¹⁰⁵Art. 436. O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação. Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigí-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o

hospitais e médicos se constitui em condição necessária ao negócio plano de saúde, pois sem esta vinculação de agentes o produto não teria como ser efetivamente fornecido no mercado de consumo. Para além desta condição necessária, é também inegável que quando tais agentes decidem juntar esforços para melhorar seus respectivos posicionamentos no mercado – especialmente no que respeita aos profissionais de saúde conveniados –, é forçoso reconhecer – no plano prático, teórico e normativo –, que coexistem uma pluralidade de relações jurídicas¹⁰⁶ conexas por engendram uma mesma operação econômica, ainda que inexistam formalizado um convênio entre os fornecedores ou uma oferta unificada.¹⁰⁷ Contudo, cabe reafirmar que na quase totalidade das vezes existe uma efetiva formalização da estrutura de vínculo associativo entre os fornecedores.

A prática do comércio massificado demonstra que os consumidores, ao efetivarem a contratação de serviços de saúde com seus médicos, sequer entram em contato com a operadora, contato que praticamente inexistente em todos os momentos de cumprimento no caso de planos empresariais ou corporativos. Embora assumam o contrato com o médico, que é precedido do contrato com a operadora, a aparência para o leigo é de efetivação de apenas uma relação comercial, não sendo perceptível a cadeia de organização interna da relação.¹⁰⁸

O problema prático surge quando os fornecedores, trabalhando com uma verdadeira rede de contratos, entabulam os pactos conexas com o consumidor e posteriormente (especialmente nos casos em que se verificam vícios em algum dos contratos) procuram se valer do paradigma clássico acerca da relação jurídica obrigacional, desconsiderando que os contratos

estipulante não o inovar nos termos do art. 438.

¹⁰⁶As relações jurídicas se dão entre empresa-empresa, consumidor-financeira e consumidor-vendedor, redundando em dois ou três contratos, se a oferta não for unificada.

¹⁰⁷LORENZETTI, 1999, p. 43.

¹⁰⁸MARQUES, 2002b, p. 90.

estão vinculados por formarem uma operação econômica unificada, sistematizada e funcionalizada pela própria rede criada pelos fornecedores.¹⁰⁹ Alegando que as convenções vinculariam apenas as respectivas partes contratantes (consumidor e médico), os fornecedores – após terem efetivamente se beneficiado da contratação conexa – pretendem uma artificiosa decomposição do negócio que visa transferir o ônus ao consumidor.¹¹⁰ Nesse sentido a lição de Jorge Mosset Iturraspe:

Por influencia de la doctrina la jurisprudencia de los tribunales alemanes entendió que la separación entre ambos contratos “no era m s que una estratagema o ardid para privar al consumidor de las defensas que hubiera tenido en una operación simple de compraventa en cuotas, debiendo tal estratagema o ardid ser tratada – y dascalificada – de la misma manera que una cláusula expresa de extenci n de responsabilidad.”¹¹¹

Em face dos argumentos expostos nos t picos precedentes, impõem-se o reconhecimento da existência de uma única opera o econ mica no contrato de plano de saúde (rela o interna bilateral), muito embora o consumidor possa, na faticidade do negócio, estar formalmente contratando com sujeitos diversos.¹¹²

O aspecto externo das redes contratuais diz com as rela es formadas entre fornecedores e consumidores, as quais, devido ao reconhecimento da conexidade, acabam por mitigar os efeitos do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos (*res inter alios acta*) e suscitar questões acerca da existência de a es diretas contra integrantes do

¹⁰⁹LEONARDO, 2003, p. 138. Este enfoque se aproxima da teoria do *venire contra factum proprium* e de uma rela o de equivalência sinalagmática (princípio do equilíbrio contratual), pois se os fornecedores se utilizam dos benefícios da *rede de contratos* para maximizar suas atividades, não podem pretender desqualificá-la quando da análise do contrato firmado diretamente com o consumidor, o qual inequivocamente faz parte do próprio sistema.

¹¹⁰WEINGARTEN, 2002, p. 19.

¹¹¹MOSSET ITURRASPE, 1999, p. 29.

¹¹²Em uma visão t pica, Enneccerus entende que “*la solución compete siempre en última instancia al arbitro judicial, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, especialmente inspir ndose en el fin econ mico y en los legítimos intereses de las partes.*” ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, 1954, p. 6.

grupo,¹¹³ ampliando as possibilidades de propagação das invalidades e ineficácias dos contratos nos pactos que lhe são conexos.¹¹⁴ Nesse sentido a doutrina argentina:

Efectos frente a los terceros: (...) También resulta aplicable en las relaciones frente a terceros no consumidores la responsabilidad por el hecho de dependientes, a través de una interpretación laxa; responsabilidad por control sobre la prestación, y responsabilidad por la apariencia. En el ámbito contractual puede basarse en la existencia de un vínculo asociativo entre las partes, en el contrato a favor de terceros, y la estructura del vínculo obligatorio. La conexidad relevante tiene por efectos que la ineficacia o vicisitudes padecidas por uno de los contratos, puede propagarse a los restantes contratos determinantes del negocio único. La conexidad relevante debe ser demostrada por quien la alega. La conexidad dentro de un negocio único constituye una excepción al principio de los efectos relativos del contrato y posibilita la oponibilidad a los terceros, otorgando acciones directas, aun en ausencia de previsión expresa.¹¹⁵

A existência de um vício que permita ao consumidor obter a decretação de invalidade de um determinado contrato pode conduzir à invalidade ou ineficácia dos outros pactos que lhe são conexos¹¹⁶ – dependendo do contexto negocial e do vínculo de coligação estabelecido –,

¹¹³Salienta Ricardo Lorenzetti que quem integra um grupo de contratos não pode ser considerado como sendo um terceiro, e por isso pode ser parte em uma determinada ação contratual. LORENZETTI, 1999, p. 53-54.

¹¹⁴GOMES, Rogério Zuel. A Nova Ordem Contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 58, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun 2006, p. 213-214; WEINGARTEN, 2002, p. 10. Cabe salientar que inexistente um conjunto fechado de efeitos característicos e automáticos em todos os contratos conexos. Embora os mesmos possam ser agrupados em determinadas categorias – repercussão das vicissitudes de um contrato no conexo, oposição de exceções entre os pactos e manejo de ação direta em matéria de responsabilidade –, deve-se reconhecer que as diferentes espécies de conexão acarretam diferentes efeitos (KONDER, 2006, p. 192).

¹¹⁵LORENZETTI, 1999, p. 54-55.

¹¹⁶Destacando a abrangência do acolhimento da teses, Carlos Nelson Konder refere que “*não sofre resistência em doutrina a consideração de que a invalidade de um negócio possa contaminar os demais a ele coligados (...) mesmo na ausência de um dispositivo legal sobre o assunto (...) Ainda que o outro negócio não padeça da mesma vicissitude do negócio inválido, seja ela a incapacidade do sujeito, a ilicitude do objeto, a falta de forma ou solenidade exigida em lei ou outra causa específica de nulidade, é razoavelmente pacífica a consideração de que a coligação pode importar a sua ineficácia (lato sensu) (...). Mesmo nos casos em que se trata de hipótese de anulação, como um vício de vontade que atinja apenas um dos contratos, considera-se viável a destruição também do outro negócio, válido e perfeito, a ele vinculado*” (KONDER, 2006, p. 220-222).

sem que o consumidor esteja obrigado a ressarcir qualquer fornecedor por perdas e danos.¹¹⁷ Mesmo pugnando por uma interpretação restritiva, Ricardo Lorenzetti aponta os seguintes efeitos da conexão contratual: (1) repercussão das vicissitudes (invalidade, ineficácia e resolução) de um contrato no conexo; (2) oposição das exceções (o pacto comissório ou a *exceptio non adimplendi contractus*) se um dos contratos não for cumprido; (3) ação direta em matéria de responsabilidade.¹¹⁸

O reconhecimento da relação interna bilateral permite ao consumidor manejar ação diretamente contra todos os fornecedores, opondo os vícios apresentados em determinado contrato naqueles outros que lhe são conexos. Tendo em vista os estreitos limites deste ensaio, sinala-se a clara possibilidade do consumidor ingressar com demanda judicial em desfavor da operadora de plano de saúde em face de erro médico ocasionado por conduta de médico ou hospital conveniado.

Deste modo, para além dos critérios “clássicos” de imputação da responsabilidade das operadoras de planos de saúde por erro médico, já consagradas pela jurisprudência firme do STJ e dos Tribunais Estaduais – responsabilidade solidária, teoria da aparência, descumprimento do objeto do contrato, culpa in eligendo, subordinação e risco proveito – a conexidade contratual surge como nova causa de imputação da responsabilidade, por meio dos pressupostos aqui estabelecidos.

4.2 O ACOLHIMENTO NORMATIVO

Embora no Brasil não haja regramento específico sobre a conexidade contratual, é possível alcançar o permissivo legal para a aplicação desta teoria por meio da redação do artigo 51 do CDC, o qual estabelece, em seu caput, que “*são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços*”. Interessante a lição de

¹¹⁷ENEI, 2003, p. 118.

¹¹⁸LORENZETTI, 1998b, p. 54 e LORENZETTI, 1999, p. 94.

Rodrigo Xavier Leonardo:

O legislador, ao prescrever a nulidade das cláusulas *relativas ao fornecimento de produtos e serviços*, enunciou algo a mais do que a simples invalidade de cláusulas inseridas em um singular contrato de fornecimento de produtos e serviços enclausurado na relação travada entre *consumidor e fornecedor*.

Por cláusulas *relativas ao fornecimento* devem ser entendidas todas as cláusulas referenciadas à *atividade econômica* de fornecimento.¹¹⁹

Esta realmente parece ser a melhor interpretação do dispositivo em seu viés sistemático, principalmente em face da norma narrativa prevista no artigo 4º, *caput* e incisos I e III,¹²⁰ bem como das disposições do artigo 6º, VI¹²¹, e 7º, parágrafo único,¹²² todas disposições inseridas no CDC.

Não obstante a construção supra, Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, em obra coletiva, entendem que a conexidade também pode ser alcançada, normativamente, por intermédio da redação do artigo 52 do CDC, ampliando o âmbito de aplicação do codex consumerista.¹²³

Contudo, a aplicação da teoria também é suportada por algumas disposições do Código Civil, em uma verdadeira coordenação das fontes normativas de nosso sistema jurídico.¹²⁴

¹¹⁹LEONARDO, 2003, p. 187.

¹²⁰Art. 4º - A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (...) 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 (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

¹²¹Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

¹²²Art. 7º - (...) Parágrafo único - Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

¹²³MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 773-775.

¹²⁴A necessidade de conjugação das fontes normativas é inequívoca, tanto que Juarez Freitas chega a afirmar que *“a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação”* (FREITAS,

A primeira norma a ser destacada é o princípio da função social do contrato (artigo 421 do CC),¹²⁵ pois é este preceito que regula a idéia de que embora o pacto sempre atenda aos interesses dos contratantes, os extrapola na medida em que atinge toda a cadeia econômica em que se encontra inserido (reflexos externos da relação contratual na rede). O rol das eficácias transindividuais da função social alcança os reflexos externos das relações contratuais enquanto fatos imersos no mundo de relações econômicas e sociais, dizendo com a tutela externa do crédito, com a interdependência funcional dos vários contratos e com a projeção de seus efeitos sobre partes e terceiros, questões que dizem diretamente com o tema da conexidade. Especificamente, do preceito em exame aqui interessa

2002, p. 174). Sobre o tema, sustenta Cláudia Lima Marques que no contexto da pós-modernidade se busca uma harmonia, coordenação e coerência das normas no sistema jurídico, na busca de uma eficiência não somente hierárquica, mas também funcional (substituição da superação pela convivência de paradigmas), afastando-se do pensamento moderno que concebia o processo hermenêutico com as figuras da “tese” (lei antiga), “antítese” (lei nova) e “síntese” (revogação). Assim, o *diálogo das fontes* (*dialog der quellen* ou *dialogue de sources*) concebe que as normas possuem influências recíprocas, sendo possível a aplicação conjunta das mesmas ao mesmo caso concreto, seja de forma complementar ou subsidiária. Concebendo o CDC como lei especial e hierarquicamente superior em relação ao CC/2002, em face do mandamento constitucional do art. 5º, XXXII, a doutrinadora concebe três tipos de diálogos possíveis entre os diplomas: (1) *diálogo sistemático de coerência*: compreende que, na aplicação simultânea de duas leis, uma serve de base conceitual para a outra (o CC/2002, como lei geral, define inúmeros conceitos e institutos utilizados pelo CDC, tais como “pessoa jurídica”, “decadência”, “prescrição”, etc.); (2) *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade*: entende que na aplicação coordenada de duas leis, uma pode complementar a aplicação da outra, sem que isso acarrete a revogação de qualquer dos dispositivos, em face de seu campo de aplicação no caso concreto (o sistema geral de decadência do CC/2002 pode ser usado para regular casos de consumo, por ser mais favorável ao consumidor); (3) *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*: vislumbra as influências recíprocas entre as normas, que pode influir no âmbito de aplicação das mesmas (CC/2002, ao regular uma relação de iguais [consumidor-consumidor ou fornecedor-fornecedor] pode, eventualmente, alterar os conceitos finalísticos do CDC). Também por haver convergência de princípios entre o CC/2002 e o CDC, sempre que se esteja frente a uma relação consumidor-fornecedor, se aplicam prioritariamente as normas do CDC e, subsidiariamente, as diretrizes do CC/2002 (salvo raras exceções, como ocorre com o contrato de transporte, nos termos do CC 732). Nesses termos, há de se reconhecer também a influência e a oxigenação axiológica das cláusulas gerais do CDC no âmbito do sistema geral do direito privado (embora dava-se defender a prevalência da teoria finalista em detrimento da concepção maximalista de aplicação do diploma consumerista). MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 45, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 2003, p. 72-79 e 84-85.

¹²⁵Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do

a sua atuação enquanto: cânone de interpretação; elemento condicionante, limitador e de re-significação da liberdade contratual (impedindo a decomposição da natureza conexa do negócio); elemento mitigador do princípio da relatividade dos contratos (instituinto novo status aos contraentes e terceiros); fonte de novos efeitos contratuais (eficácia do contrato perante terceiros); elemento de superação do sentido unilateral de proteção dos interesses do credor e de proteção dos terceiros de boa-fé (ampliação da proteção dos contratantes de boa-fé); elemento de efetivação do equilíbrio do contrato (equilíbrio dos contratantes também em nível sistemático); e fator de análise da conduta dos contraentes (flexibilizando os institutos do direito contratual clássico).¹²⁶

Já o preceito da boa-fé objetiva (artigo 422 do CC)¹²⁷ torna-se relevante para o tema em exame por proteger o consumidor da tentativa dos fornecedores de decompor artificialmente um negócio que é conexo pela sua própria natureza. Especificamente, o preceito atua como: critério de interpretação e integração do contrato (posicionando a conexidade como cláusula implícita nas situações em que não prevista); norma criadora de

contrato.

¹²⁶MARTINS-COSTA, Judith. Novas Reflexões Sobre o Princípio da Função Social dos Contratos. In *Estudos de Direito do Consumidor*: separata. n. 7, Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 2005, p. 62, 68 e 98; SILVA, Luis Renato Ferreira da. A Função Social do Contrato no Novo Código Civil e sua Conexão com a Solidariedade Social. In SARLET, Ingo Wolfgang. *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 127-150, p. 133 e 136-138; SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 38; FACCHINI NETO, Eugênio. A Função Social do Direito Privado. In *Revista Jurídica*, n. 349, Porto Alegre: Notadez, nov. 2006, p. 73; MIRAGEM, Bruno. Diretrizes Interpretativas da Função Social do Contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 56. p. 22-45, out/dez 2005, p. 25, 30-31, 33, 36, 38 e 43; NALIN, Paulo. *Do Contrato – Conceito Pós-Moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2 ed., Curitiba: Juruá, 2006, p. 223-224; SALOMÃO FILHO, Calixto. Função Social do Contrato: primeiras anotações. In *Revista de Direito Mercantil*, v. 132, [s.d.], p. 24; BRITO, Rodrigo Toscano de. Função Social dos Contratos como Princípio Orientador na Interpretação das Arras. *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004, p. 373-374; DELGADO, José Augusto. *O Contrato no Código Civil e a sua Função Social*. Disponível em:

<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/3203/1/O_Contrato_no_c%C3%B3digo_civil.pdf> Acesso em: 14.04.2007 e REsp 691738, Ministra Nancy Andrigli, 3ª Turma, STJ, DJ 26.09.2005 p. 372.

¹²⁷Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como

deveres anexos (sistemáticos); norma limitadora de direitos subjetivos; elemento mitigador da intensidade de posições jurídicas (combatendo a pretensão dos fornecedores de desvincularem a relação contratual); e elemento de validade do negócio jurídico (mediando a validade da contratação no contexto de sua conexidade com outros pactos).¹²⁸

A terceira regra a ser salientada é a do abuso de direito, contida no artigo 187 do CC,¹²⁹ a qual promove uma redefinição do próprio conceito dos direitos subjetivos inerentes ao ato de contratar, desvelando a funcionalidade e relatividade de seu exercício.¹³⁰ O fim socioeconômico de um certo direito subjetivo (contratar com conexidade) não é estranho a sua estrutura, mas elemento condicionante de sua natureza, sendo que o abuso surge no interior do próprio direito em questão. Exercer legitimamente o direito de contratar não é apenas ater-se à sua estrutura formal, mas cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui esse mesmo direito (diretrizes sistemáticas da contratação com conexidade), segundo o qual o operador deve aferir a validade do ato de exercício. O fundamento axiológico de um determinado direito subjetivo constitui seu limite, que é tão

em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹²⁸SILVA, 1976, p. 32; MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da 'Ética da Situação'. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 20, p. 211-260, 2001, p. 240; MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um 'Sistema em Construção': as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, p. 129-154, 1998, p. 148-149; MARTINS-COSTA, 2005, p. 51; SILVA, 2003, p. 127-150, p. 149; DANZ, 1955, p. 197; REsp 554622, Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma, STJ, DJ 01.02.2006 p. 527, RB vol. 508 p. 28, RDDP vol. 37 p. 151.

¹²⁹Art. 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.

¹³⁰Esta noção é albergada pelo entendimento da autonomia privada como sendo um poder-função, ou seja, como uma prerrogativa que não está voltada tão-somente para os interesses individuais do titular, mas também para os interesses coletivos, cujos fins se impõe à vontade (SILVA, 2001, p. 32). Refere Francisco dos Santos Amaral Neto que "o exercício da autonomia privada é uma questão de exercício de poder, dentro dos limites e na esfera de competência que o ordenamento jurídico estabelece. Ora, o problema da autonomia privada, na sua existência e eficácia, é apenas um problema de limites" (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 102, abr.-jun. 1989, p. 215).

preciso quanto aquele determinado por sua estrutura formal.¹³¹ A pretensão de decompor artificialmente a natureza da contratação conexa excede manifestamente as finalidades econômicas e sociais da pactuação e da própria atividade dos fornecedores, embora a conduta destes esteja galgada nas singularidades de cada um dos contratos (de consumo principal e de financiamento) – esquecendo-se dos pressupostos sistêmicos –, e assim aparentemente se insiram no âmbito da legalidade, por cumprirem com as diretrizes formais. A perspectiva aqui exposta resta por responsabilizar os fornecedores pelas repercussões que as suas atividades provocam no mercado ao construírem um pacote de produtos e serviços pela contratação conexa.

Como visto, a noção de conexidade é alcançada a partir da própria natureza socioeconômica da contratação, qual seja, a da multiplicidade de vínculos que constrói uma mesma (e única) operação econômica global. Destarte, como a conexão está ao menos implícita em cada um dos contratos que formam a rede,¹³² a pretensão dos fornecedores de decompor esta natureza vinculativa ofende o elemento teleológico do disposto no artigo 424 do CC.¹³³

Ainda no plano do direito interno, destaca-se a existência de Projeto de Lei visando alterar o artigo 425 do CC, criando uma cláusula geral de conexidade negocial nos contratos atípicos, nos seguintes termos: “é lícito

¹³¹MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro de abusividade no direito contratual. In TEPEDINO; Gustavo (org.) *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2000, p. 314-315.

¹³²Esta observação diz com o princípio hologramático que fundamenta o pensamento da complexidade de Morin, a partir do que, inspirado no holograma (onde cada ponto contém a quase totalidade da informação do objeto representado), se evidencia o paradoxo dos sistemas complexos, onde a parte está no todo e o todo se inscreve na parte. No plano biológico, percebe-se que cada célula contém todo o material genético do indivíduo, o que pode ser replicado para outras searas (ex. eletrônico). MORIN, 1990, p. 93-95 e 106-109; MORIN, Edgar. Da Necessidade de um Pensamento Complexo. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da (Org). *Para Navegar no Século XXI*. Porto Alegre: Sulina e Edipucrs. 2000. Disponível em: <<http://geccom.incubadora.fapesp.br/portal/tarefas/projetos-em-multimeios-i-e-ii-puc-sp/textos-uteis/pensamentocomplexo.pdf>> Acesso em: 28.01.2008).

¹³³Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia

as partes estipular contratos atípicos, resguardados a ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de direito, especialmente o princípio de que as obrigações são indivisíveis, formando um só todo.”¹³⁴

Ampliando o foco de análise, em termos de direito comparado diversos são os ordenamentos que contém previsão legal (imperativa e cogente) que garante a oponibilidade dos vícios. Enfrentamento robusto é apresentando na Exposição de Motivos¹³⁵ e no artigo 14, da *Ley de Crédito al Consumo* espanhola (Ley 7/1995).¹³⁶ Nesse ínterim, mister se faz

antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

¹³⁴MARQUES, 2002a, p. 52-53. No que se refere a interpretação dos pactos, importante mencionar a regra do art. 1.030, do anteprojeto do Novo Código Civil argentino, elaborado pela comissão criada pelo Decreto n.º 685/95: “*Artículo 1.030. Grupos de Contratos. Los contratos que están vinculados entre si por haber sido celebrados em cumplimiento del programa de una operación económica global son interpretados los unos por medio de los otros, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto de la operación.*” (LORENZETTI, 1999, p. 63 e ENEL, 2003, p. 126). Ademais, cabe mencionar as conclusões da Comissão III da VI Jornadas Nacional de Derecho Civil (Argentina): “*Interpretación: Los contratos conexos deben ser interpretados en función de la operación económica que persiguen*” (LORENZETTI, 1999, p. 54-55). O art. 1.496-ter do Código Civil Italiano, transposto para o art. 34.1 do Código de Consumo daquele país, afirma que “*a abusividade de uma cláusula é avaliada tendo em conta a natureza do produto ou serviço objeto do contrato e fazendo referência às circunstancias existentes no momento de sua conclusão e às outras cláusulas do mesmo contrato ou de um outro coligado ou do qual dependa.*” Embora sejam profundas as consequências da conexão nos campos da interpretação e qualificação dos contratos, o tema efetivamente extrapola os limites deste estudo.

¹³⁵Exposición de Motivos (...) Por lo que se refiere a los contratos celebrados por los consumidores en los que se establezca expresamente su vinculación a la obtención de un crédito de financiación, se dispone que la falta de obtención del crédito producirá la ineficacia del contrato, dejando a salvo los derechos ejercitables por el consumidor, tanto frente al proveedor de los bienes o servicios como frente al empresario que hubiera concedido el crédito. La protección a los consumidores se refiere también a la ejecución de los contratos, permitiendo que el consumidor pueda oponer excepciones derivadas del contrato que ha celebrado no sólo frente al otro empresario contratante, sino frente a otros empresarios a quienes aquél hubiera cedido sus derechos o que hubieran estado vinculados con él para financiar el contrato mediante la concesión de un crédito al consumidor.

¹³⁶Artículo 14. *Eficacia de los contratos vinculados a la obtención de un crédito* 1. La eficacia de los contratos de consumo, en los que se establezca expresamente que la operación incluye la obtención de un crédito de financiación, quedará condicionada a la efectiva obtención de ese crédito. Será nulo el pacto incluido en el contrato por el que se obligue al consumidor a un pago al contado o a otras fórmulas de pago, para el caso de que no se obtenga el crédito de financiación previsto. Se tendrán por no puestas las cláusulas en las que el proveedor exija que el crédito para su financiación únicamente pueda ser otorgado por un determinado concedente. 2. La ineficacia del contrato, cuyo objeto sea la satisfacción de una necesidad de consumo, determinará también la ineficacia del contrato expresamente destinado a su financiación, cuando concurren las circunstancias previstas en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 del artículo 15,¹³⁶ con los efectos previstos en el artículo 9. 3. En todo caso, deberá quedar documentalmente acreditada la identidad del proveedor de los bienes o servicios en el

mencionar a regra do § 358, do BGB Reformado.¹³⁷

Conforme estabelecem os artigos L. 311-20, 311-23 e 311-27, do *Code de la Consommation* francês, quando a oferta mencionar bem ou serviço financiado, as obrigações do tomador produzirão efeitos somente após o adimplemento da prestação pelo vendedor.¹³⁸ Quando o pagamento do preço for realizado por empréstimo, o contrato principal deve obrigatoriamente fazer menção a esse fato, não havendo validade jurídica deste pacto (principal) enquanto o crédito não houver se efetivado, nem podendo o vendedor receber valores antes da consecução do financiamento (exceto aqueles pagos à vista pelo consumidor).

Conforme atesta Rodrigo Xavier Leonardo, previsões similares são encontradas no sistema anglo-saxão da *common law*, mais especificamente nos arts. 68, 69 e 75, do *Consumer Credit Act* inglês, e na reforma do *Uniform Commercial Code* norte-americano, pelo chamado *Truth in Lending Simplification and Reform Act*, de 1980.¹³⁹

No âmbito do direito comunitário, cabe salientar o artigo 11, da Diretiva 87/102/CE, da Comunidade Européia,¹⁴⁰ promulgada em 1986, relativa ao crédito ao consumo,¹⁴¹ e o artigo 19, da Proposta de Diretiva

contrato de consumo y la del concedente en el contrato de crédito, de forma que cada uno de ellos aparezca ante el consumidor como sujeto de las operaciones relacionadas con los respectivos contratos de los que es parte, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente. El consumidor dispondrá de la opción de no concertar el contrato de crédito, realizando el pago en la forma que acuerde con el proveedor del contrato de consumo.

¹³⁷Um contrato de fornecimento de bens ou de realização de outra espécie de prestação e um contrato de financiamento para consumo são conexos quando o empréstimo serve, total ou parcialmente, para o financiamento de outro contrato e ambos constituem uma unidade econômica. É pressuposta uma unidade econômica especialmente quando o mesmo empresário financia a contraprestação do consumidor, ou em caso de financiamento por meio de um terceiro, quando o financiador contribua com o fornecedor do bem durante a preparação ou durante a celebração do contrato de empréstimo com consumidores. LEONARDO, 2005, p. 107.

¹³⁸O adimplemento se refere a entrega do bem ou fornecimento do serviço, não dizendo com a expiração do prazo de retratação previsto naquela legislação.

¹³⁹LEONARDO, 2003, p. 170-171.

¹⁴⁰A Diretiva 87/102/CE apresenta a deficiência de não enfrentar diretamente a possibilidade de oposição de exceções (ex. *exceptio non adimplendi contractus*) contra o mutuante em razão de vícios na relação de fornecimento do produto ou serviço. LEONARDO, 2003, p. 159.

¹⁴¹Esta a redação da norma: "1. Os Estados-membros assegurarão que a existência de um

sobre Crédito ao Consumo (COM 2002/0443), determina a responsabilidade solidária dos fornecedores.¹⁴²

Sendo assim, se no âmbito externo existe um suporte normativo seguro para a aplicação dos efeitos da conexidade, no sistema brasileiro é possível construir a aplicabilidade deste paradigma a partir das mencionadas disposições normativas dos Códigos Civil e do Consumidor.

Feitas estas considerações, cabe destacar a acolhida do marco teórico sistemático pelos Tribunais pátrios.

4.3 O ACOLHIMENTO JURISPRUDENCIAL

Já faz algum tempo que a jurisprudência nacional tem acolhido a tese da conexão e contagação dos efeitos contratuais,¹⁴³ do que são exemplos

contrato de crédito não influenciará de maneira alguma os direitos do consumidor contra o fornecedor dos bens ou serviços adquiridos ao abrigo desse contrato, nos casos em que os bens ou serviços não sejam fornecidos ou de qualquer modo não estejam em conformidade com o contrato relativo ao seu fornecimento.” As condições sob as quais será possível o reconhecimento da conexidade estão dispostas nos itens 2 e 3 do mesmo artigo 11: “2. O consumidor terá o direito de demandar o mutuante quando: a) Com vista a adquirir bens ou obter serviços, um consumidor celebrar um contrato de crédito com terceira pessoa diversa do fornecedor desses bens e serviços, e b) O mutuante e o fornecedor de bens ou serviços tiverem um acordo pré-existente ao abrigo do qual o mutuante põe o crédito à disposição exclusiva dos clientes desse fornecedor para aquisição de bens e serviços ao mesmo fornecedor, e c) O consumidor a que se refere a alínea a) obtiver tal crédito em conformidade com o referido acordo pré-existente, e d) Os bens ou serviços abrangidos pelo contrato de crédito não sejam fornecidos ou só parcialmente o sejam ou não sejam conformes com o contrato de fornecimento, e e) O consumidor tiver demandado o fornecedor mas não tenha obtido a satisfação a que tiver direito. Os Estados-membros determinarão em que medida e em que condições pode ser exercido este direito. 3. O nº 2 não se aplica aos casos em que a transação em causa seja de montante inferior ao equivalente a 200 ECUs.” Sobre esta regra, Wellerson Miranda Pereira assim se posiciona: “notam-se, no entanto, condições um tanto restritas para o exercício de tal faculdade e não há previsão de solidariedade entre o fornecedor de crédito e o fornecedor da obrigação principal” (PEREIRA, Wellerson Miranda. *Serviços Bancários e Financeiros na Europa: as diretivas e normas aplicáveis*. Ensaio apresentado na Cadeira “Direito do Consumidor e Mercosul” no PPGDir UFRGS, 2005, p. 9).

¹⁴²Segue a regra: “1. Os Estados-Membros assegurarão que a existência de um contrato de crédito não influenciará de maneira alguma os direitos do consumidor contra o fornecedor dos bens ou serviços adquiridos ao abrigo desse contrato, nos casos em que os bens ou serviços não sejam fornecidos ou de qualquer modo não estejam em conformidade com o contrato relativo ao seu fornecimento. 2. Se o fornecedor de bens ou de serviços intervier a título de intermediário de crédito, o mutuante e o fornecedor são obrigados de forma solidária a compensar o consumidor caso os bens ou serviços cuja aquisição é financiada pelo contrato de crédito não sejam fornecidos, sejam fornecidos parcialmente ou não estejam em conformidade com o contrato de fornecimento.”

¹⁴³ROSAS, Roberto. *Contratos Coligados. Repositório Autorizado da Jurisprudência do*

os seguintes precedentes, aqui mencionados de forma eminentemente exemplificativa: Súmula 308, do STJ,¹⁴⁴ REsp 331.340,¹⁴⁵ AC 70001462845/TJRS¹⁴⁶ e AC 205.137.4/4-00/TJSP.¹⁴⁷

Supremo Tribunal Federal. Brasília: Legis Summa, n. 95, nov. 1980.

¹⁴⁴“A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.” No mesmo sentido: REsp 316.640, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, STJ, DJ 07.06.2004 p. 216. No voto da Ministra Nancy Andrighi lê-se: “(...) fere a boa-fé objetiva da relação contratual a atitude da construtora que primeiro celebra o compromisso de compra e venda de imóvel com o promissário-comprador, e depois onera-o com hipoteca em favor de terceiro (agente financeiro). (...) Se a linha de crédito outorgada à sociedade construtora adveio de recursos próprios do agente financeiro, é válida e eficaz a hipoteca registrada anteriormente à celebração do compromisso de compra e venda, desde que, no ato de contratação, o promissário-comprador tenha sido cientificado a respeito. (...) Todavia, se os recursos ofertados pelo agente financeiro à sociedade construtora foram captados junto ao SFH, a hipoteca não produz eficácia perante o adquirente da unidade habitacional. (...) se o adquirente ainda não quitou o seu imóvel, poderá o agente financeiro, por meio de cessão fiduciária, sub-rogar-se no direito de receber os créditos devidos à construtora-mutuária. (...) Afasta-se, em consequência, a possibilidade de o agente financeiro demandar o promissário-comprador pelo crédito remanescente, ainda que sob a forma de hipoteca.” E no voto-vista do Ministro Castro Filho, consta: “Em verdade, a venda direta das unidades aos adquirentes e o contrato de financiamento entre a construtora e o banco, mostram-se como sendo duas relações jurídicas aparentemente distintas. Contudo, a mesma construtora que vendeu e recebeu o preço (ou está recebendo as prestações) dá o empreendimento ou suas unidades autônomas em hipoteca ao banco. Este, por sua vez, sabe que os imóveis são destinados à venda, mas aquela operação ocorre como se os adquirentes não existissem. As instituições financeiras concedem os empréstimos, não raro, sem verificar a viabilidade econômica do empreendimento ou a solvência das empresas incorporadoras.”

¹⁴⁵PROMESSA DE VENDA E COMPRA. AQUISIÇÃO DE UNIDADE HABITACIONAL MEDIANTE FINANCIAMENTO (SFH). VÍCIOS DA CONSTRUÇÃO. LEGITIMIDADE DE PARTE DO AGENTE FINANCEIRO. CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO E DE FINANCIAMENTO. INTERDEPENDÊNCIA. O agente financeiro é parte legítima na ação de resolução contratual proposta por mutuários em virtude de vícios constatados no edifício, dada a inequívoca interdependência entre os contratos de construção e de financiamento. “A obra iniciada mediante financiamento do Sistema Financeiro da Habitação acarreta a solidariedade do agente financeiro pela respectiva solidez e segurança” (REsps n. 51.169-RS e 647.372-SC). Recurso especial conhecido e provido. REsp 331.340, Relator Ministro Barros Monteiro, 4ª Turma, STJ, DJ 14.03.2005 p. 340.

¹⁴⁶RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. FINANCIAMENTO. Não realizada a entrega da mercadoria adquirida, cabível a rescisão do contrato de compra e venda, bem assim o cancelamento do financiamento, dada a vinculação entre os negócios jurídicos. Contratos coligados. Hipótese em que um negócio jurídico não sobrevive diante da rescisão do outro, por estarem vinculados. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. Apelação a que se nega provimento. AC 70001462845, Relator Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, 6ª Câmara Cível, TJRS, julgado em 07.02.2001. No corpo do v. acórdão, lê-se: “(...) a contratação do financiamento não se deu de forma independente à compra efetuada. Em verdade, ao contrário do que alega a Losango, a concessão dos valores estava, desde o início, vinculada à compra do bem junto à ré S. J. Os documentos mencionados demonstram a existência de relação comercial entre as demandadas, sendo possível concluir que o financiamento já era posto à disposição do consumidor na própria S. J., mediante convênio com a Losango, fato, aliás, bastante comum no comércio atual. Assim, não realizada a entrega da mercadoria,

As decisões supramencionadas superam o pensamento clássico de que a contigação de invalidades entre contratos somente se dá quando verificada uma relação de acessoriedade entre os pactos (relação interna unilateral), o que se encontra embasado na segunda parte da regra do artigo 184 do CC.¹⁴⁸ Contudo, diversos julgados continuam a se utilizar da teoria da acessoriedade para alcançar a propagação das invalidades dos contratos (conexão interna unilateral),¹⁴⁹ conforme se infere dos seguintes julgados do TJRS: AC 70010706869,¹⁵⁰ AC 70007119480¹⁵¹ e AC

cabível a rescisão do contrato de compra e venda firmado com a ré S. J., bem assim o cancelamento do financiamento contraído junto à Losango, visto que, vinculado à aquisição da mercadoria, não pode subsistir diante da não concretização da mesma. Na realidade, a compra e venda e o financiamento, no caso dos autos, apresentam-se como contratos coligados.” Ressalvo que, embora a conexão seja efetivamente de natureza bilateral, o julgador entendeu ser de ordem unilateral, reconhecendo a acessoriedade do contrato de financiamento perante o contrato de compra e venda. Nesse mesmo sentido: RTJ 94/407 e 104/305-307.

¹⁴⁷DANO MORAL. CONTRATOS COLIGADOS. Havendo atuação econômica conjunta de fornecedores por meio de contratos de compra e venda e mútuo coligados respondem elas solidariamente na forma do art. 7, p. único, do CDC. Ocorrendo resolução do contrato de compra e venda pela não entrega da coisa, encerra fato ilícito (dano moral) a remessa indevida do nome da vítima a cadastro de inadimplentes pela mutuante por não cumprido o avençado que deve ser considerado em sua integralidade. (...) Recurso parcialmente provido. AC 205.137.4/4-00, Relator Desembargador Marcelo Benacchio, 6ª Câmara Cível, TJSP, j. em 20.06.2005. No corpo do v. acórdão, lê-se: (nos) “*contratos coligados ou em rede, onde se tem por possível a ação direta entre os contratantes a luz da unidade das prestações, ou seja, há a superação do paradigma por força de mandamentos cogentes ligados a noções de utilidade social e equilíbrio da relação contratual (...) Note-se que não é possível conceber-se o contrato de compra e venda sem o de mútuo e vice-versa por encerrarem uma única operação econômica de colocação de produtos no mercado onde há verdadeira simbiose entre as fornecedoras que respondem solidariamente na forma do art. 7º, p. único, e 25, p. primeiro, ambos do Código de Defesa do Consumidor. (...) O fato é que não era permitido a financeira exigir sua prestação sem que o cumprimento do contrato de compra e venda pelo outro fornecedor com o qual atuou conjuntamente.*”

¹⁴⁸Art. 184. (...) a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

¹⁴⁹Em interessante observação, Giorgio Oppo refere que não somente o acessório segue o principal, mas eventualmente o principal também segue o acessório. OPPO, Giorgio. *Contratti Parasociali*, Milão: Dottor Francesco Vallardi, 1942, p. 79-80.

¹⁵⁰APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. COMPRA E VENDA. CONTRATO ACESSÓRIO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, SUSCITADA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, DESACOLHIDA. Demonstrado vício no produto adquirido pela autora, impõe-se o desfazimento de ambos os contratos: o principal – de compra e venda – e o acessório – de financiamento. AC 70010706869, Relator Desembargador Carlos Alberto Etcheverry, 13ª Câmara Cível, TJRS, julgado em 02.06.2005.

¹⁵¹COMPRA E VENDA DE APARELHOS DE AR-CONDICIONADO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. RESCISÃO CONTRATUAL. (...) CONTRATO DE FINANCIAMENTO ACESSÓRIO. RESOLUÇÃO. Tendo

70007694409.¹⁵²

Assim, verificada a existência de um amparo legal e jurisprudencial à adoção da teoria sistêmica.

5 CONCLUSÃO

Sem negar os inúmeros fatores positivos da contratação por conexidade, o presente ensaio procurou delinear os elementos, efeitos e consequências da aplicação da teoria sistêmica no âmbito dos contratos de planos de saúde, enfocando especificamente a ocorrência de erros médicos. Se o objetivo prático visado foi o de proteger os hipossuficientes da conexidade,¹⁵³ o ensaio não se furtou em apresentar as condições específicas pelas quais é possível a identificação da conexidade contratual, evitando que a busca pela maximização da proteção do consumidor se transforme em fator de desequilíbrio das relações comerciais.

Sem pretender retomar tudo o que até então foi apresentado, menciona-se, em apertada síntese, que no caso em exame é forçoso reconhecer a coexistência de uma pluralidade de relações jurídicas conexas por engendram uma mesma operação econômica.

Na busca pela superação do dogma estruturalista (jurídico-formal), foi demonstrado que para o reconhecimento da conexidade inexistente a necessidade de formalização de convênio entre os fornecedores ou a apresentação formal de uma oferta unificada, sendo que a existência de um

sido firmado o contrato de financiamento para compra do bem objeto da lide, o qual restou alienado fiduciariamente ao Banco, rescindido o contrato de compra e venda, procede a resolução do contrato de financiamento. AC 70007119480, Relator Desembargador Antonio Correa Palmeiro da Fontoura, 14ª Câmara Cível, TJRS, julgado em 23.12.2004.

¹⁵²AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, CONEXA COM AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. O descumprimento de cláusula contratual por parte da promitente vendedora autoriza a rescisão de contrato de compra e venda, bem como a resolução de contrato de financiamento a ela acessório, impondo-se a devolução das parcelas pagas, devidamente corrigidas. Ação de busca e apreensão improcedente em razão da rescisão do contrato de financiamento. (...) Primeira apelação parcialmente provida e segunda apelação desprovida. AC 70007694409, Relator Desembargador Sejalmo Sebastião de Paula Nery, 14ª Câmara Cível, TJRS, julgado em 14.10.2004.

vínculo preexistente e formalmente estabelecido, como sói ocorrer na maioria dos casos, somente aumenta as razões para a ação direta em matéria de responsabilidade.

No que tange aos elementos de identificação da conexidade, foi dito que, no caso dos plano de saúde, se sobressaem os seguintes fatores: dependência ou ato de dependente, controle, aparência, risco da atividade, existência de vínculo associativo entre os integrantes da rede, estrutura de vínculo obrigatório e existência de contrato em favor de terceiros. Em se configurando a relação de conexidade, se verificou que os efeitos possíveis são a repercussão das vicissitudes de um contrato no conexo, a oposição das exceções e a ação direta em matéria de responsabilidade civil, o que tem sido acolhido pela jurisprudência nacional.

No plano legislativo, se no Brasil ainda inexistente regramento específico sobre a conexidade contratual, foi apresentada a possibilidade de se alcançar o permissivo legal para a aplicação da teoria por meio das regras dos artigos 51 e 52 do CDC, dos princípios da função social do contrato (artigo 421 do CC) e da boa-fé objetiva (artigo 422 do CC), e da teleologia das normas do artigo 187 e 424 do CC, o que atende a necessidade contemporânea de conjugação das fontes normativas que integram nosso sistema jurídico.

A necessidade de supressão da lacuna legislativa ficou evidente quando se demonstrou que, em termos de direito comparado, existem legislações robustas prevendo as consequências da conexidade contratual, do que são exemplos a *Ley de Crédito al Consumo* espanhola, o BGB alemão, o *Code de la Consommation* francês, o *Consumer Credit Act* inglês e o *Uniform Commercial Code* norte-americano, bem como a Diretiva 87/102/CE e a COM 2002/0443, as quais atuam no âmbito do direito comunitário europeu.

¹⁵³MOSSET ITURRASPE, 1999, p. 9.

Todos os elementos trazidos neste ensaio convergem para a conclusão de que os fornecedores não podem pretender uma artificiosa decomposição de um negócio que é conexo por natureza, visando a transferência total dos ônus e riscos ao consumidor. Estando usufruindo dos bônus da conexidade (maximização das suas atividades comerciais), os fornecedores devem arcar também com seus ônus, o que mantém a relação de equivalência sinalgmática nos riscos da contratação em nível sistemático.

Em um estudo que, embora tenha reconhecido a parcialidade de seus objetivos, pretendeu ser equânime no trato científico e na busca pelas consequências da aplicação da teoria apresentada (em âmbito jurídico, comercial e econômico), cabe salientar, a título de conclusão, que tanto na relação fornecedor-consumidor quanto na dinâmica empresarial, o contrato deve ser fonte de engrandecimento pessoal e da consecução de finalidades comuns as partes, não sendo admissível que se constitua em um cativeiro invisível,¹⁵⁴ que aprisiona o hipossuficiente técnico, econômico, social e/ou cultural, asfixiando, em muitos casos, sua dignidade e liberdade pessoal.

Nesses termos, encerra-se com a sempre esclarecedora lição de Cláudia Lima Marques, para quem a união dos destinos dos contratos surge como um paradigma de compensação da hipossuficiência do consumidor no atual contexto socioeconômico.¹⁵⁵

6 REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica: perspectivas estrutural e funcional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, n. 102, abr.-jun. 1989.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Contratos Coligados de Sublocação de Imóvel**

¹⁵⁴XAVIER, 2004, p. 157.

¹⁵⁵MARQUES, 2002b, p. 96.

e Franquia Comercial: aplicabilidade do art. 21 da Lei 8.245/91. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 8, p. 213-232, out-dez 2001.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos quanto ao Número de Partes e quanto aos Efeitos. Os Contratos Relacionais. A Boa-Fé nos Contratos Relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva. Sinalma e Resolução Contratual. Resolução Parcial do Contrato. Função Social do Contrato.** Revista dos Tribunais, n. 832, p. 113-137, fev. 2005.

BACHELARD, Gaston. **O novo espírito científico.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

BETTI, Emilio. **Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria Geral do Negócio Jurídico.** t. 2, Campinas: LZN, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O Sistema Contratual do Cartão de Crédito.** São Paulo: Saraiva, 1998, 185 p.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Função Social dos Contratos como Princípio Orientador na Interpretação das Arras. Questões Controvertidas no Novo Código Civil.** São Paulo: Método, 2004.

BRUTAU, José Puig. **Estudios de Derecho Comparado: la doctrina de los actos propios.** Barcelona: Ediciones Ariel, 1951.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997, 681 p.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Lisboa: Calouste, 1989.

DANZ, Erich. **La Interpretación de los Negocios Jurídicos.** 3 ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

DELGADO, José Augusto. **O Contrato no Código Civil e a sua Função Social**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/3203/1/O_Contrato_no_c%C3%B3digo_civil.pdf> Acesso em: 14.04.2007 e REsp 691738, Ministra Nancy Andrichi, 3ª Turma, STJ, DJ 26.09.2005.

ENEI, José Virgílio Lopes. **Contratos Coligados. Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, n. 132, p. 111-128, out-dez, 2003.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de Derecho Civil**: parte general. tomo I, v. 2, Barcelona: Bosch, 1954.

FACCHINI NETO, Eugênio. **A Função Social do Direito Privado**. In Revista Jurídica, n. 349, Porto Alegre: Notadez, p. 53-92, nov. 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Contrato: conceito, fontes, formação**. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. **Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. v. 1, 7 ed., Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. v. 2, 2 ed., Petrópolis: Vozes, 2004.

GOMES, Rogério Zuel. **A Nova Ordem Contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais**. Revista de Direito do Consumidor. n. 58, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 180-222, abr/jun 2006.

GRAU, Eros. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do**

Direito. São Paulo: Malheiros, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIRCHNER, Felipe. **A Responsabilidade Civil Objetiva no Art. 927, Parágrafo Único, do Código Civil.** In: Revista dos Tribunais, n. 871, p. 36-66, mai. 2008.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 296 p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 2. ed. Lisboa: Calouste, 1989, 620 p.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A Teoria das Redes Contratuais e a Função Social do Contrato: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça.** Revista dos Tribunais, n. 832, p. 100-111, fev. 2005.

_____. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil.** v. 2., 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos de Servicios a los Consumidores.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, 605 p.

_____. **Esquema de uma Teoria Sistêmica del Contrato.** Revista de Direito do Consumidor. n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 51-77, jan/mar 2000.

_____. **Fundamentos do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998a.

_____. **Redes Contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros.** Revista de Direito

do Consumidor, n. 28, p. 22-58, out-dez 1998b.

_____. **Tratado de los Contratos**. t. 1, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Direito do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MACNEIL, Ian. **The Relational Theory os Contract: selected works of Ian Macneil**. Londres: Sweet & Maxwell, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 22, p. 47-83, 2002a.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002b.

_____. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas**. Revista de Direito do Consumidor. n. 45, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 71-99, jan/mar 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 544 p.

_____. **Novas Reflexões Sobre o Princípio da Função Social dos Contratos**. In Estudos de Direito do Consumidor: separata. n. 7, Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 2005a.

_____. **O Direito Privado como um ‘Sistema em Construção’: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 15, p. 129-154, 1998.

_____. **O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da ‘Ética da**

Situação⁷. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 20, p. 211-260, 2001.

_____. **O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: primeiras notas de uma leitura suscita pelo Código Civil**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). Novo Código Civil: questões controvertidas. v. 4. São Paulo: Método, 2005b.

MATTIETTO, Leonardo. **O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos**. In: TEPEDINO; Gustavo (Org.) Problemas de direito civil-constitucional. São Paulo: Renovar, p. 163-186, 2000.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. **A boa-fé como parâmetro de abusividade no direito contratual**. In TEPEDINO; Gustavo (org.) Problemas de Direito Civil-Constitucional. São Paulo: Renovar, 2000.

MESSINEO, Francesco. **Contratto Collegato**. Enciclopedia del Diritto, tomo X, Milano: Giuffré, p. 48-55, 1962.

MIRAGEM, Bruno. **Diretrizes Interpretativas da Função Social do Contrato**. Revista de Direito do Consumidor, n. 56. p. 22-45, out/dez 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Unidade ou Pluralidade de Contratos – contratos conexos, vinculados ou coligados. Litisconsórcio Necessário e Litisconsórcio Facultativo – comunhão de interesses, conexão de causas e afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito**. Revista dos Tribunais, n. 817, p. 753-762, nov. 2003.

MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Lisboa: Europa-América, 1982.

_____. **Da Necessidade de um Pensamento Complexo**. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da (Org). Para Navegar no Século XXI. Porto Alegre: Sulina e Edipucrs. 2000. Disponível em: <<http://geccom.incubadora.fapesp.br/portal/tarefas/projetos-em-multimeios-i-e-ii-puc-sp/textos-uteis/pensamentocomplexo.pdf>> Acesso em: 28.01.2008.

_____. **Introdução ao Pensamento Complexo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

_____. **O Pensamento Complexo, Um Pensamento que Pensa.** In: MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. A Inteligência da Complexidade. São Paulo: Petrópolis, 2000.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Contratos Conexos: grupos y redes de contratos.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

NALIN, Paulo. **Do Contrato – Conceito Pós-Moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional.** 2 ed., Curitiba: Juruá, 2006.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OPPO, Giorgio. **Contratti Parasociali.** Milão: Dottor Francesco Vallardi, 1942.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Wellerson Miranda. **Serviços Bancários e Financeiros na Europa: as diretivas e normas aplicáveis.** Ensaio apresentado na Cadeira “Direito do Consumidor e Mercosul” no PPGDir UFRGS, 2005.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t. XXXVIII.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **A Constitucionalização do Direito Civil.** Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. LXXIV, p. 729-755, 1998.

RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Civis.** 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

ROPPO, Enzo. **O Contrato.** Coimbra: Almedina, 1988, 371 p.

ROSAS, Roberto. **Contratos Coligados. Repositório Autorizado da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Brasília: Legis Summa, n. 95, p. 51-55, nov. 1980.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Função Social do Contrato: primeiras**

anotações. In Revista de Direito Mercantil, v. 132, p. 7-24, [s.d.].

SAVATIER, René. **Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français.** T. II, Paris: Librairie. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

SCOGNAMIGLIO, Renato. **Collegamento Negoziale.** Enciclopedia del Diritto, tomo VII, Milano: Giuffré, p. 375-381, 1960.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A Obrigação como Processo.** São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 2001, 165 p.

_____. **A Função Social do Contrato no Novo Código Civil e sua Conexão com a Solidariedade Social.** In SARLET, Ingo Wolfgang. O Novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica.** 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.** São Paulo: Renovar, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** v. 4., 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnoldo. **A Arbitragem, os Grupos Societários e os Conjuntos de Contratos Conexos.** Revista de Arbitragem e Mediação. n. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 31-59, mai/ago 2004.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, v. 1, 1994.

WEINGARTEN, Célia. **Leasing: ley 25.248 – contratos conexados y reparación de daños.** Revista de Direito do Consumidor, n. 44, p. 9-19, outubro, 2002.

XAVIER, José Tadeu Neves. **Reflexões sobre os Contratos Cativos de Longa Duração.** Revista da AJURIS, n. 95, p. 137-159, set. 2004.

TIPOS PENAIS INCRIMINADORES QUE PREVÊM ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIAIS: A (IN)SUFICIÊNCIA DO DOLO EVENTUAL

Álvaro Roberto Antanavicius Fernandes¹

RESUMO: No âmbito do Direito Penal, especificamente em se tratando de tipificação de condutas penalmente vedadas, nota-se a existência de tipos penais em que para respectiva configuração se afigura suficiente a presença de um elemento subjetivo genérico – o dolo, em suas diversas espécies. Em outros, para além deste – por si só insuficiente, no caso –, faz-se indispensável a presença de um “algo a mais”, ou de um (ou mais) elemento(s) subjetivo(s) “diferente(s)”, que seria(m) o(s) elemento(s) subjetivo(s) especial(is) dos tipos penais. No texto, o problema constitui-se em avaliar o seguinte: naqueles casos em que um tipo penal se perfectibiliza unicamente se constatada a presença de algum elemento subjetivo especial, é possível que se configure mediante a conduta praticada com dolo eventual?

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais - 2. O conceito de elemento subjetivo do tipo. 2.1. O dolo como elemento subjetivo genérico dos tipos penais incriminadores. 2.2. O dolo e a teoria geral do delito. 3. Os elementos subjetivos especiais dos tipos incriminadores. 3.1. Para uma busca de significado. 3.2. A classificação de Mezger. 3.2.1. Os delitos de intenção. 3.2.2. Os delitos de tendência. 3.2.3. Os delitos de expressão. 4. Tipos penais incriminadores que prevêm elementos subjetivos especiais: a (in)suficiência do dolo eventual. 4.1. Para uma delimitação acerca do alcance do dolo eventual. 4.2. Finalmente: é bastante o dolo eventual para configuração de tipos penais incriminadores que prevêm elementos

¹Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor convidado do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da

subjetivos especiais? 4.2.1. Dolo eventual e delitos de intenção. 4.2.2. Dolo eventual e delitos de tendência. 4.2.3. Dolo eventual e delitos de expressão. 5. Uma conclusão. 6. Bibliografia.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria geral do delito. Elementos subjetivos do tipo. Dolo eventual. Insuficiência.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os ordenamentos jurídicos em geral admitem que os comportamentos humanos penalmente relevantes – os tipos penais objetivos – sejam cometidos por intenção do agente (ou por “dolo”) ou, ainda, por existente violação a um dever de cuidado objetivo que se deveria concretamente observar diante de uma determinada situação de fato (hipótese legalmente denominada “culpa”). O dolo é o elemento subjetivo genérico, comum a todos os tipos de injusto – noutros termos, qualquer fato típico pode ser praticado na forma dolosa, alguns, excepcionalmente, por culpa, desde que consignada expressamente a possibilidade, o que restará melhor explicado do decorrer do texto. Regra geral apresentada, casos existem em que, para além do dolo – e tal é possível unicamente quando dolosa a conduta praticada –, os tipos penais incriminadores exigem a presença de elementos subjetivos especiais, que devem estar igualmente configurados para que reste concretizada a figura típica prevista na legislação penal.

Observem-se, para análise, as seguintes hipóteses:²

- 1) No dia 21/11/1985, faleceu, solteira e sem herdeiros conhecidos, “BB”, deixando diversos bens. A falecida tinha como únicos parentes, não

Universidade do Rio dos Sinos. Defensor Público do Rio Grande do Sul.

²Trata-se de casos concretos que resultaram, ao final, nos acórdãos n° 07P2599, de 04 de outubro de 2007 e n° 06P2050, de 18 de junho de 2008, do Supremo Tribunal de Justiça, e no acórdão n° 9613/2007-3, de 16 de julho de 2008, do Tribunal da Relação de Lisboa. As decisões que sobrevieram não serão aqui adiantadas, mas trabalhadas ao final do relatório, com o fim de subsidiar as conclusões a que viermos a chegar. Embora se tratem de casos julgados e aqui trabalhados a partir da legislação portuguesa, o raciocínio é perfeitamente aplicável ao Direito brasileiro.

sucessíveis, os irmãos “CC”, “DD”, “EE”, “FF” e “GG”, a quem teria mencionado uma suposta intenção de elaborar testamento. Na altura do óbito, “CC” teria comentado com os irmãos que procurava descobrir onde aquele teria sido feito. Frustradas suas tentativas, foi então que a arguida “AA” prontificou-se a ajudá-lo, dizendo-se muito diligente e bem relacionada com notários e magistrados. Para possibilitar o auxílio, “CC” entregou à arguida um conjunto de documentos com a identificação dos imóveis e do cofre do Montepio, o bilhete de identidade da falecida e todos os dados a ela relativos. Com isto, a arguida forjou o contrato-promessa de compra e venda em que “BB” supostamente promete vender-lhe todos os imóveis, pelo preço global de 30.000.000\$00, quantia que teria sido paga no ato da assinatura do contrato, dada plena quitação. Como “BB” morreu sem herdeiros conhecidos, foi instaurada pelo Ministério Público ação para liquidação de herança a favor do Estado, ao fim da qual este recebeu e tomou-se proprietário de todos os móveis e imóveis deixados pela falecida. Foi aí que a arguida intentou uma ação cível contra o Estado Português, na qual formulou o pedido de condenação do réu como incumpridor do contrato-promessa que havia com a falecida celebrado e que se sentenciasse no sentido de declaração negocial que produzisse os efeitos do contrato prometido. O pedido foi acolhido a partir dos depoimentos de testemunhas forjadas, tendo sido declarada transmitida a propriedade dos imóveis da “BB” para a titularidade da arguida “AA” e seu marido, pelo preço de 30.000.000\$00, que se julgou pago. A arguida agiu de forma livre e consciente, com o intuito de obter para si um património de valor não inferior a € 643.449,24, ferindo assim, o art. 217º, “1”, do Código Penal.

2) Um assistente, que chamaremos de “AA”, formula requerimento ao Ministério Público para a abertura de uma instrução penal, limitando, segundo seu ponto de vista, os termos em que deveria ser deduzida a acusação e quais os elementos do inquérito que estariam a autorizar a realização da instrução, possibilitando o debate e o exercício do contraditório. As magistradas do Ministério Público, entretanto, entenderam pela inexistência de elementos que justificassem fosse deduzida a acusação, razão pela qual determinaram o arquivamento do inquérito. Assim agindo, de forma

consciente e contra direito, teriam deixado de promover ato no exercício dos poderes decorrentes do cargo que exercem, incorrendo no tipo penal do art. 369, “1”, do Código Penal.

3) O assistente apresenta queixa contra “AA” e “BB”, aos quais imputa a prática, dentre outros, do delito de falsidade de testemunho e de difamação. Os denunciados são testemunhas inquiridas no âmbito do inquérito NUIP 1718/02JDLSB, efetuados na Polícia Judiciária e no DIAP, em cujos depoimentos imputam ao assistente a prática de abusos sexuais sobre menores. Tais depoimentos são ignobilmente inventados, diz o assistente, motivados pelo fim de provocar a instauração de um processo contra ele e, com isto, destruir a sua carreira política, como líder partidário, deputado e membro do Conselho de Estado, ressaltando que tal igualmente vem a afetar gravemente a credibilidade do maior partido da oposição e de instituições chave do sistema democrático português. A conduta dos arguidos “AA” e “BB” estaria enquadrada no art. 360º, “1”, do Código Penal, porquanto, como testemunhas, teriam prestado declarações sabidamente falsas.

Pois bem. Há uma razão para a apresentação das três hipóteses acima relatadas: todas elas, apesar de diversas, possuem algo em comum, porquanto constituem tipos penais incriminadores que exigem, para sua configuração, elementos subjetivos especiais. Adiantamos, portanto, já aqui, uma premissa importante: há casos em que basta a caracterização do elemento subjetivo genérico e outros em que, para além deste, necessário se mostra a presença de algum elemento subjetivo “diferente”, sem o qual o tipo penal não se perfectibiliza, daí decorrendo a atipicidade de uma eventual conduta. Ora, partindo-se do pressuposto de que existem – não obstante se lhe dê um conceito unitário – várias “espécies de dolo”, pretendemos, aqui, buscar resposta para o seguinte problema: o dolo eventual é suficiente para configuração destes tipos incriminadores que prevêm elementos subjetivos especiais? Esta, pois, a pergunta que vem a justificar este estudo.³

³A isto fica limitada a investigação, pelo que se abstrai da análise o dolo direto e o dolo

2 O CONCEITO DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

Para iniciar, entendemos pertinente estabelecer um significado para o que sejam os elementos subjetivos do tipo – ou elementos internos do agente, consistentes no seu conhecimento e na sua vontade – e respectivas particularidades para, adiante, avaliar a (in)suficiência do dolo eventual nas hipóteses de tipos penais incriminadores que venham a prever, em sua redação, elementos subjetivos especiais.

Seguindo tal linha de abordagem, podemos defini-los, de forma bastante singela, como aqueles (elementos) que exigem uma determinada intenção (genérica, de busca do resultado) por parte do agente.⁴ Ou, se quisermos buscar algo mais detalhado, consideremos que o tipo não se compõe apenas de elementos objetivos,⁵ não se constituindo em “processos causais cegos”, senão que também são regidos por uma vontade, cujo conteúdo – fim, efeitos concomitantes, seleção de meios, etc. – é importante já no plano da tipicidade.

Aos elementos subjetivos (tanto genéricos, quanto especiais)

necessário, que não serão abordados diretamente. Advirta-se, por importante, tal como o faz Maria Fernanda Palma, que “não há, no entanto, diferentes formas de dolo, mas uma ideia básica de dolo comum a todas as figuras referidas. O dolo parece ser sempre uma vontade eficiente ou causal, revelada pela direcção da acção, por desejos ou objectivos, por um conhecimento necessário de efeitos ou ainda por uma preferéncia pelo resultado típico em face dos inconvenientes de uma não actuação.” (PALMA, Maria Fernanda. *A vontade no dolo eventual*. In: *Estudos em homenagem a Professora Magalhães Colaço*. Volume 2. Coimbra: Almedina, 2002, p. 796). Sem embargo, o Código Penal Português considera, e isto não desconstrói absolutamente o entendimento acima exposto, que há “dolo directo” quando o objeto da vontade coincide com a realização do fato típico; há “dolo necessário” nos casos em que a realização do fato típico é prevista como decorrência indeclinável da acção; e há o “dolo eventual” quando, em síntese, há previsão de que existe (simples) possibilidade de realização do fato típico, ganhando importância o grau de conformação do agente com a situação. Esta classificação pode ter sua importância em diversos aspectos, dentre eles podendo ser incluída a suposta (im)possibilidade absoluta de caracterização de determinado tipo penal conforme a espécie de dolo “legal” que estiver configurada em cada hipótese concreta.

⁴COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª Edição, 2010, p. 221.

⁵Os elementos objetivos do tipo penal constituem a dimensão externa deste, tal como descreve, dentre outros, JESCHECK, nos termos seguintes: “Los elementos objetivos del tipo describen la acción, en su caso en resultado, las circunstancias externas del hecho y la persona del autor.” (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Volume Primeiro. Tradução de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch,

pertencem as circunstâncias que convertem a realização do tipo objetivo em ação típica⁶, e sua presença é exigida no exato instante em que esta é praticada, não se podendo conceber a punição de uma cogitação ou de uma vontade extemporânea à ocorrência do resultado previsto no tipo. Para exemplificarmos, em um furto, configurados o dolo de subtração e a especial intenção de ilegitimamente apropriar-se da coisa alheia no momento em que praticada a conduta, absolutamente irrelevante o posterior arrependimento, pelo menos para caracterização do tipo, porquanto no instante em que cometido o fato estariam já presentes os elementos subjetivos para tanto – o dolo de subtrair (elemento subjetivo genérico) e a finalidade de vir a ter a coisa como sua (elemento subjetivo especial, que melhor examinaremos adiante).

Com estas brevíssimas considerações iniciais, supomos agora possível evoluir, para examinar, a seguir, o dolo enquanto elemento subjetivo genérico dos tipos penais incriminadores. Como podemos defini-lo? Quais suas espécies?⁷ Qual sua estrutura? Qual o seu estatuto conforme a (evolução da) teoria geral do delito? Destas questões passamos a nos ocupar a partir de agora.

2.1 O DOLO COMO ELEMENTO SUBJETIVO GENÉRICO DOS TIPOS PENAIS INCRIMINADORES

O dolo, já brevemente dissemos, consiste no elemento subjetivo comum a todos os tipos penais incriminadores,⁸ o componente fundamental

1981, p. 374)

⁶JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcel Pons, 1995, p. 309.

⁷Sobre a natureza unitária do dolo, remetemos à nota 2, supra.

⁸Existe, quando expressamente consignada a hipótese, o tipo negligente, tal como referimos na “delimitação do problema”. A respeito, explica Welzel que, em certa medida, o ordenamento jurídico em geral preocupa-se também com ações finais que não possuem relação tanto com o fim, mas nas quais o autor confie em que os resultados socialmente não desejados não se produzam ou ainda que neles não venha a pensar. Em outras palavras, o ordenamento jurídico espera que o autor empregue na eleição e na aplicação dos meios de ação um mínimo de direção final para evitar efeitos concomitantes não queridos e socialmente indesejados (ver

e regular dos delitos dolosos de ação,⁹ e significa, em síntese, a vontade consciente de querer realizar o tipo objetivo, o tencionar cometer um fato previsto na lei penal incriminadora ciente da presença dos elementos objetivos.¹⁰ Para bem compreendê-lo, entretanto, é certamente indispensável uma especial atenção à sua estrutura, que se pode antever a partir de uma leitura atenta da definição acima apresentada. De fato, bem observada esta, decorre a conclusão inarredável de que, para a configuração do dolo, devem coexistir dois elementos essenciais: um de natureza intelectual, outro de caráter volitivo.¹¹¹²

O elemento intelectual traduz-se no conhecimento, por parte do

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman. Parte General*. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 11^ª Edição, 1970, p. 59). A respeito, dispõe o art. 13 do Código Penal Português que “só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos expressamente previstos na lei, com negligência.” No mesmo sentido o parágrafo único do art. 18 do Código Penal Brasileiro, cujo teor é o seguinte: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.” Assim, a punibilidade de uma conduta praticada na forma negligente somente é passível de punição a título excepcional.

⁹STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte General. El hecho punible*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo Sancinetti. Navarra: Civitas, 2005, p. 143.

¹⁰JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. cit.*, p. 434 (adições feitas pelos tradutores). Consta: “El dolo constituye el núcleo de lo injusto personal de la acción en los hechos dolosos, por lo que puede caracterizarse como elemento subjetivo general del tipo.”

¹¹Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, “o dolo, conforme um conceito generalizado, é a vontade consciente de realizar um crime, ou, mais tecnicamente, vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime, também definível como *saber e querer* em relação às circunstâncias de fato do tipo legal. Assim, o dolo é composto de um elemento *intelectual* (consciência, no sentido de representação psíquica) e de um elemento *volitivo* (vontade, no sentido de decisão de agir), como fatores formadores da ação típica dolosa.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 132)

¹²Há autores que pretendem a existência de um dolo sem vontade. Em outras palavras, negam o elemento volitivo. Por todos, citam-se as palavras de Luís Greco: “(...) Dolo é, *ab initio*, conhecimento, porque só o conhecimento gera domínio, e só o domínio fornece razões suficientemente fortes para fundamentar o tratamento mais severo dispensado aos casos de dolo. Estas razões são a maior necessidade de prevenção diante dos riscos que se dominam e a maior responsabilidade do autor por aquilo que ele realiza sob seu domínio. Na cegueira diante dos fatos não há dolo, porque não há domínio. O dolo é só conhecimento, e não vontade, porque a vontade em nada altera o domínio. A presença da vontade não é suficiente para fundamentar um dolo sem domínio, sua ausência tampouco pode excluir o dolo quando há domínio.” (GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. In: *Liber Amicorum de José de Souza e Brito em comemoração do 70º aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 903.) Não concordamos com tal entendimento. Na verdade, jamais se sustentou ser a vontade, por si só, bastante para configuração do dolo, como nunca se pretendeu ser suficiente a presença unicamente do conhecimento. É a partir da configuração (ou somatório) de ambos, tal como explicamos ao longo do texto, que se pode falar em dolo nos termos em que o definimos. Aliás, sem que

agente, das elementares e circunstâncias delineadas no tipo penal incriminador. Em outras palavras, consiste na representação, no momento em que praticada a conduta penalmente vedada, dos elementos e circunstâncias que constituem o tipo objetivo.¹³ Exige-se o conhecimento efetivo do fato criminoso¹⁴ e do resultado dele decorrente – previsão ou representação do resultado no sentido de violação do bem jurídico tutelado –, e ainda uma ciência acerca da relação de causalidade entre ambos.¹⁵ O agente, nos tipos dolosos, resolve atuar em violação à norma penal incriminadora, consciente de que sua conduta irá causar uma agressão ao bem jurídico protegido pelo Direito Penal, sendo este “processo causal” igualmente um elemento constitutivo do crime.

Não é necessário, contudo, e isto entendemos importante realçar, que o agente tenha conhecimento de elementos pertencentes à ilicitude, à culpabilidade ou à punibilidade. Isto pode ser importante para outros fins, que aqui não analisaremos, mas não para o efeito de tipificação de uma conduta praticada. O elemento intelectual do dolo refere-se, então, unicamente aos elementos que caracterizam objetivamente a ação como típica, tais como sujeito, conduta, resultado, nexos causal, objeto material, etc. Para ilustrar, o tipo subjetivo do delito de homicídio doloso demanda o conhecimento (e, igualmente, a vontade, a ser adiante abordada) de que se está a realizar os elementos objetivos legalmente previstos, ou seja, que se mata, que a ação realizada é adequada para produzir a morte de uma

exista vontade (livre) faz-se difícil falar em uma conduta típica.

¹³CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal. Parte Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª edição, 2011, p. 321.

¹⁴Pode-se citar, dentre os vários exemplos ventilados pela doutrina, a ciência sobre a qualidade de homem da pessoa morta nos casos de homicídio doloso.

¹⁵Neste caso, como adverte Eduardo Correia (CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal. Volume I*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 80), deve-se considerar que a ciência acerca do nexo de causalidade somente é imprescindível naquelas hipóteses em que descrito como elemento constitutivo do tipo penal. Do contrário, tem-se por dispensável a sua representação. Como exemplo, cita o autor o seguinte caso: “A”, querendo matar “B”, o lança de uma ponte ao rio para que se afogue, mas ele termina por morrer ao bater com sua cabeça em um pilar da ponte. Neste caso, sustenta, deve-se igualmente imputar o resultado a “A” a título de dolo.

pessoa, que a vítima é uma pessoa e não um animal, etc.¹⁶ No furto, deve o agente saber que está a se apoderar de uma coisa alheia móvel ou, no caso do estupro, que está a manter relações sexuais com mulher privada de seus sentidos, dentre vários outros exemplos passíveis de citação.

Este conhecimento por parte do agente deve ser atual, exigindo-se que possua efetiva ciência do que está a fazer, o que não significa afirmar, de forma alguma, que tenha de possuir a exata consciência de cada particularidade ou elemento do tipo objetivo. Exigir algo neste sentido seria pretender, obviamente, algo muitas vezes impossível, tal como pode ocorrer nos casos de prática do já citado crime de furto. Neste, suficiente que o agente saiba que a coisa é alheia, embora ignore quem seja exatamente o proprietário. Se, contudo, restar demonstrado, de modo diverso, que o agente não tinha conhecimento sobre os elementos objetivos do tipo, estamos diante do erro, o qual tem o efeito de afastar o dolo, remanescendo a hipótese da culpa se presentes os requisitos para tanto e consignada em lei, expressamente, a possibilidade de cometimento do delito sob tal forma de agir.

O elemento volitivo do dolo, por sua vez, consiste em um singular direcionamento da vontade no sentido de violar o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Neste ponto, já se vê não bastar à sua caracterização (do dolo) que tenha o agente efetivo conhecimento dos elementos objetivos do tipo (presença do elemento intelectual), senão que deva direcionar sua vontade no sentido de realizá-los. Este querer, entretanto, não pode jamais ser confundido com o desejo ou com os motivos do agente. Para exemplificar o que acabamos de dizer, citamos o caso do ladrão que aborda a vítima para subtrair-lhe alguma coisa. Na hipótese, muito provavelmente não está a desejar sua morte, mas pode deparar-se com a necessidade de produzir este resultado ante a inexistência de outros caminhos para

¹⁶Ver a respeito: CONDE, Francisco Muñoz e ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal. Parte*

concretizar a sua vontade, que consiste em se apoderar do dinheiro existente ou de qualquer outra coisa que esteja na posse do ofendido. De igual modo, são indiferentes, como referimos, pelo menos para a caracterização do dolo, os motivos que levam o agente ao cometimento da infração penal. No exemplo acima citado, é irrelevante para configuração do elemento subjetivo genérico que se tenha cometido o crime por vingança, por busca de lucro indevido, etc.¹⁷ Os motivos do delito somente adquirem importância em casos especiais, como nas hipóteses de elementos subjetivos especiais dos tipos incriminadores e, por vezes, como circunstâncias qualificadoras, ou agravantes e atenuantes a serem consideradas na aplicação da pena.¹⁸

Com tais noções e a partir desta primeira definição apresentada, podemos compreender o dolo como aquela vontade de realizar os elementos objetivos do tipo (elemento volitivo), partindo-se do pressuposto de que haja o conhecimento preciso de todos eles por parte do agente (elemento intelectual), com as exceções mencionadas, tal como acima explicitamos.

Pois bem, embora já ultrapassado, em tese, o objetivo a que nos propusemos neste tópico – compreensão do dolo a partir de sua estrutura –,

General. Valência: Tirant lo Blanch, 2010, p. 268.

¹⁷Como assinala Faria Costa, “coisa muito diferente da intenção é a motivação com que o agente perpetra a infração. As motivações são absolutamente irrelevantes para a discursividade jurídico-penal que aqui curamos. No caso do furto, mesmo que o agente esteja animado das mais nobres motivações – como, por exemplo, furtar um rico para dar a um pobre, o chamado síndrome de Robin Hood – é isso completamente indiferente para o direito penal, pelo menos no campo da ilicitude típica, mas já não necessariamente, se quisermos ser precisos, no plano da culpa.” (COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª Edição, 2010, p. 221) No mesmo sentido José Caeiro da Matta, ao dizer que “uma ação é punível quando, voluntariamente cometida, lesa ou pode lesar um direito protegido pela ordem jurídica: a natureza do motivo determinante da ação, o seu valor ético-social só pode influir sobre a apreciação da quantidade política do crime e sobre a graduação da pena, mas não sobre a essência do fato criminoso, que é punível desde que se verifique a existência da vontade consciente da criminalidade do ato e dos seus efeitos e se verifique um fato, voluntariamente praticado, que constitua dano efetivo ou potencial, direto ou indireto.” (MATTÁ, José Caeiro. *Do furto. Esboço histórico e jurídico*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906, p. 158).

¹⁸CONDE, Francisco Muñoz e ARÁN, Mercedes García. *Ob. cit.*, p. 269.

cremos, entretanto, ainda não se mostrar prudente adentrar na análise direta do problema inicialmente proposto. Antes, com efeito, afigura-se de todo conveniente proceder a um exame acerca do dolo no âmbito da teoria geral do delito, situando-o conforme as diversas teorias que trataram do tema, mesmo porque referido exame demanda, sempre, uma respectiva revisão histórico-sistemática da aludida teoria.¹⁹ Com isto, para além de compreensão da evolução histórico-dogmática, buscamos reconhecer qual das teorias contribuiu decisivamente para a compreensão dos elementos subjetivos dos tipos penais incriminadores. Prossigamos, então.

2.2 O DOLO E A TEORIA GERAL DO DELITO

A teoria geral do delito tem de ser compreendida a partir do exame das diversas concepções doutrinárias decorrentes da evolução dos estudos que se realizaram sobre a questão. De plano, uma importante questão premissa devemos ter presente, qual seja a de que todas as quatro teorias conhecidas tem um ponto comum extremamente fundamental: consideram o delito, em sua estrutura, como uma ação típica, ilícita e culpável, situando-se as diferenças unicamente no conteúdo de cada componente e, por vezes, na concepção em relação a cada um deles.²⁰

Historicamente, a sistematização da teoria geral do delito se inicia pela formulação da denominada teoria clássica (conceito “causal”),²¹ introduzida por FRANZ VON LIZST²² e ERNST BELING, e igualmente por

¹⁹DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal em México*. México: Editorial Porrúa, 2007, p. 1.

²⁰DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Ob. cit.*, p. 1. Deve-se salientar, entretanto, na esteira das palavras do autor, que no princípio não haveria uma clara concepção sobre estes elementos como integrantes da estrutura do delito. Poder-se-ia dizer, em tese, que no sistema clássico não existiram sempre estes três elementos, entendendo-se a ação como antijurídica e culpável. Contudo, já com Belling o tipo foi introduzido como elemento, razão pela qual também os clássicos terminaram por considerar a ação como típica, antijurídica e culpável.

²¹Antes disso, têm-se os estudos de Pufendorf (com as idéias, no campo do Direito Penal, adaptadas por Böhmer) e de Hegel (desenvolvida, no âmbito penal, dentre outros, por Köstlin), e, mais recentemente, de Ihering e Fischer. Entretanto, é com os adeptos da teoria clássica que se parece iniciar uma verdadeira sistematização do conceito de ação no âmbito penal.

²²LIZST, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*. Tradução de Luis Jimenez de Asua.

GUSTAV RADBRUCH,²³ para a qual os elementos subjetivos situar-se-iam no âmbito da culpa – conceito naturalístico de ação. Para os causalistas, a ação (conduta ou comportamento humano, se preferirmos tais expressões) seria simples movimento voluntário – não reflexo – no qual seria prescindível perquirir-se a finalidade a que esta vontade se estaria a dirigir. Noutros termos, para constatar-se esteja a ação caracterizada, suficiente a certeza de que haja o autor atuado voluntariamente, sendo indiferente indagar sobre a correspondente intencionalidade. Este conteúdo da vontade (finalidade ou intenção) seria relevante unicamente para solucionar o problema da culpabilidade. Em síntese, para os causalistas o comportamento humano seria toda a conduta voluntária que causa uma modificação no mundo exterior. Tudo seriam causas e efeitos, dentro deste grande mecanicismo que é o universo, sendo que a conduta humana, como parte dele, igualmente se constituiria em uma sucessão de causas e efeitos.²⁴ Haveria, para os defensores da teoria clássica, por exemplo, hipótese de “ação” homicida quando um indivíduo disparasse em relação a outro unicamente com vontade de apertar o gatilho, desprezando-se a real intenção a que se propunha com a prática da conduta. A dogmática do delito ao início do século XX possuía, assim, uma marca impositiva, consistente em considerar-se o injusto como objetivo e a culpabilidade como algo psicológico (subjetivo). Aquele compunha-se unicamente dos caracteres externos objetivos da ação, ao passo que esta era constituída pelos elementos anímicos subjetivos. Daí, pois, a necessidade de perquirir-se sobre a existência de duas relações de causalidade: uma física (a conduta causou o resultado?) e uma psíquica (há uma relação psicológica

Madrid: Editorial Reus, 4ª Edição, 1999, p. 262 e seguintes.

²³RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*. Buenos Aires/Montevidéo: BdeF, 1ª Edição, 2011, p. 99 e seguintes.

²⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGÉLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª Edição, 2002, p. 423.

entre a conduta e o resultado?).²⁵

Com os neoclássicos (teoria neoclássica), os elementos subjetivos do tipo penal passaram a transitar também no plano da tipicidade – este certamente o grande mérito dos seus defensores. Os adeptos da teoria neoclássica (sabidamente concebida por EDMUND MEZGER e seguida em Portugal, dentre outros, por EDUARDO CORREIA), em essência, discordavam da dicotomia proposta pelos clássicos no sentido de agrupar todos os elementos objetivos na tipicidade e na ilicitude e todos os elementos subjetivos na culpa. Inicia-se, no dizer de TAIPA DE CARVALHO,²⁶ o processo de subjetivação e normatização do tipo legal e do ilícito. A ação, para os neoclássicos, possui relevância social, e o tipo de injusto deve ser considerado como um comportamento humano lesivo de bens juridicamente protegidos sem uma causa justificadora. A vontade integraria o tipo penal, sendo que um movimento corporal e suas consequências podem ser causadas voluntariamente, ou seja, pela vontade e não serem queridos, todavia, em seu conteúdo – isto seria indiferente. Os neoclássicos costumavam exemplificar a discordância relativamente aos causalistas, cuja concepção criticaram, com o mencionar, dentre outros, do crime de furto – suponhamos a hipótese, por muitos citada, do aluno que retira o exemplar da biblioteca e esquece de devolvê-lo; não haveria, aqui, a intenção da apropriação, pelo que não estaria configurado o tipo penal incriminador referido.

Coube a WELZEL, por volta dos anos 30 do século passado, criar o conceito de “ação final” (teoria finalista). Para ele (e seus seguidores), em síntese, a vontade não poderia ser apartada de seu conteúdo, de sua finalidade. Toda conduta humana deve ser voluntária e toda vontade tem um fim. Em outras palavras, o homem dirige finalisticamente os processos causais naturais em direção aos fins mentalmente antecipados, optando

²⁵ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Ob. cit.*, p. 395.

pelos meios correspondentes para tanto. Seguindo estritamente suas lições, atividade final é um agir dirigido conscientemente em função de um fim, enquanto que o acontecimento causal, diferentemente, não está dirigido em função de qualquer finalidade pré-estabelecida, sendo mera resultante da constelação de causas existentes em cada momento. A finalidade é, por isto, vidente; a causalidade, cega.²⁷ E, prosseguindo, afirma que a direção final da ação compreenderia duas etapas: a primeira transcorreria unicamente no âmbito do pensamento, e encamparia a “antecipação do fim” (resultado) a que se pretende chegar e a “seleção dos meios para a concretização do fim antecipado” (previsto); a segunda, por sua vez, consistiria na concretização da ação no mundo real – o agente, conforme a antecipação havida, mediante utilização dos meios eleitos, vem a praticar a conduta com um fim pré-determinado.

Finalmente, tem-se a teoria funcionalista. Tal teoria – na verdade concebida de forma pouco diferente por cada um de seus atuais defensores – foi exposta pela primeira vez por EBERHARDT SCHMIDT,²⁸ em 1932, e é seguida hoje por diversos outros autores germânicos, tais como como WILHELM GALLAS, HANS-HEINRICH JESCHECK, JOHANNES WESSELS, GÜNTHER JAKOBS e CLAUS ROXIN, dentre outros, cada um com suas concepções particulares. Para bem compreender-se o “funcionalismo”, em termos gerais, deve-se ter em consideração o fato de todos os seus defensores sustentarem para a determinação do conceito de ação os critérios de relevância social e de domínio. Segundo sustentam, a

²⁶ *Ob. cit.*, p. 247.

²⁷ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires/Montevidéu: BDEF, 2ª Edição, 2002, p. 41. Welzel sugere, para compreensão do que afirma, verificar a diferença entre um assassinato e um raio mortal: enquanto no primeiro caso todos os atos estão dirigidos em função do fim projetado (compra da arma, apontar, apertar o gatilho...), no segundo o resultado morte decorre de elementos causais existentes (*Ob. cit.*, p. 41-42). Em uma ação final, então, o agente antecipa o fim que quer realizar, seleciona os meios necessários para tanto e considera os efeitos concomitantes e derradeiramente “leva a cabo sua ação no mundo real.

²⁸ Ver, a respeito, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III*. Buenos Aires: EDIAR, 1981.

ação define-se como a produção arbitrária de consequências objetivamente intencionáveis e de relevância social ou como o comportamento de relevância social dominado ou dominável pela vontade. A perspectiva social constitui um denominador comum capaz de aglutinar condutas dolosas, culposas e omissivas.²⁹ Para os funcionalistas, devemos ter em consideração duas inovações sobremodo importantes, às quais, por si só, talvez sejam aptas a fornecer uma ideia, embora superficial, do que sustentam: a teoria da imputação objetiva, com suas características cujo conhecimento há de ser aqui pressuposto, e a expansão da culpa a uma categoria de responsabilidade, composta da culpabilidade e da necessidade de imposição da pena.³⁰ O Direito Penal serviria como instrumento de proteção de bens jurídicos frente aos riscos não permitidos, daí porque afirmam que a proteção destes bens jurídicos e a teoria da imputação objetiva seriam componentes indispensáveis em um processo social de ponderação da matéria correspondente à proibição.

nenhuma teoria dentre as acima referidas é imune a críticas, verificando-se, com relativa facilidade e em especial nos dias atuais, que todas elas apresentam algumas deficiências que vedam a obtenção de respostas para todos os problemas do Direito Penal em geral, e à ação, em particular. Uma questão, entretanto, deve ficar assentada: à exceção do causalismo, todas as teorias, em verdade, não se opõem integralmente, mas procuram aprimorar a questão a partir dos estudos por outros já realizados. Mas vamos às críticas.

Os defensores da teoria clássica certamente são os mais objetados. Neste ponto, é difícil, senão impossível, aceitar – tal como defendiam os clássicos – que se venha a reduzir o conceito de ação a um movimento corpóreo e a uma modificação do mundo exterior. Isto porque com isto se

²⁹GARCIA, M. Miguez. *O risco de comer uma sopa e outros casos de Direito Penal. Elementos da Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2011, p.101.

³⁰Para maiores detalhes examinar DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Ob. cit.*, p. 79-80.

está a afastar a omissão (ou o comportamento negativo), também relevante para o Direito Penal como meio para cometimento de tipos penais incriminadores. No mais, a pretendida inserção somente dos elementos objetivos na tipicidade e na antijuridicidade logo se percebeu indefensável, porquanto alguns tipos penais estavam a exigir, já no tipo, a presença de elementos subjetivos determinados, tais como o “ânimo de lucro”, o “ânimo de injuriar” e outros, sem os quais o fato não poderia adequar-se ao tipo penal. Por fim, carece de explicação o crime culposos, que não teria explicação a partir desta teoria. A teoria neoclássica, não obstante reconhecidos os avanços em relação a teoria precedente, incluindo os elementos subjetivos também no tipo penal, insistiu na inserção de tais elementos igualmente no plano da culpa, misturando componentes psicológicas, como o dolo natural ou psicológico e a violação do dever objetivo de cuidado, com componentes normativas, como a imputabilidade e a exigibilidade.³¹ Para além disso, tal como os clássicos, não conseguiram explicar a questão do crime culposos e dos crimes omissivos próprios, sendo estes alguns dos grandes problemas apresentados pela aludida teoria. Os finalistas, a seu turno, tiveram o grande mérito de romper com a estrutura das escolas naturalistas. Contribuíram decisivamente com a teoria geral do crime, especialmente ao importar para o terreno da tipicidade o dolo – enquanto dolo da factualidade típica, ou dolo do tipo, ou ainda dolo do fato – e a culpa – enquanto violação do dever objetivo de cuidado –, “subjetivando”, em definitivo, o tipo de ilícito. No entanto, não passa em branco o fato de que esta teoria não logra igualmente explicar os crimes praticados por culpa, porquanto nestes não existiria a finalidade do agente com a prática da conduta – a ação final –, tampouco os crimes de omissão, nos quais não existe qualquer atividade causal, orientada finalisticamente. Nestes aspectos, apresentam os finalistas as mesmas dificuldades que

³¹CARVALHO, Américo Taipa de. *Ob. cit.*, p. 247.

encontramos nos fundamentos que dão substrato às teorias clássica e neoclássica. Por fim, na teoria funcionalista, sejam quais forem seus contornos segundo as diversas concepções, tem-se o grande problema de que existem ações socialmente relevantes que não podem ser típicas, ou que não devem ser tipificadas conforme o momento histórico em que se vive. Ainda, tem-se dito que a relevância social da ação, considerada pelo modelo social, não seria algo que integra a realidade, passível de descrição pela observação dos sentidos, porém um atributo da ação atribuível por um juízo axiológico que a qualifica como crime. Por fim, uma crítica derradeira consiste na circunstância de que um conceito “social” de conduta não pode ser considerado único; de fato, dizem, quando se fala em relevância social da conduta muito pouco (ou nada) estaria a se dizer, afigurando-se débil a teoria ante a fragilidade dos argumentos que lhe dão substrato.

Com tais considerações pretendemos finalizada a análise das teorias que tratam da estrutura do delito e igualmente a apreciação crítica de cada uma delas. E, isto feito, conquanto todas elas apresentem suas falibilidades, concluímos sem muita dúvida que, não obstante com os neoclássicos já se mostre possível inserir o elemento subjetivo no âmbito do tipo, é o finalismo que confere decisiva contribuição para uma investigação devida acerca do problema proposto, em especial porque foram eles que vieram a afirmar, a partir de WELZEL, que as condutas humanas haveriam de ser voluntárias e que toda vontade possuiria uma finalidade, “subjetivando”, assim, o injusto. Assim, quando passaram a dizer, tal como mencionamos acima, que o homem dirige finalisticamente os processos causais naturais em direção aos fins mentalmente antecipados, optando pelos meios correspondentes para tanto, estão contribuindo decisivamente para o estudo dos elementos subjetivos do tipo, como adiante facilmente perceberemos.

3 OS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIAIS DOS TIPOS INCRIMINADORES

Assentadas as premissas necessárias, devem ser analisados, agora, os elementos subjetivos especiais dos tipos incriminadores. A análise se inicia com uma proposta de significado e com uma exposição da classificação doutrinariamente proposta. Com isto, cremos possível ingressar diretamente na busca de conclusões tendentes a uma solução provável ao problema proposto.

3.1 PARA UMA BUSCA DE SIGNIFICADO

Para além do dolo enquanto elemento subjetivo genérico dos tipos de injusto dolosos, tal como já realçamos, podem estar previstos para configuração de um determinado tipo penal incriminador outros elementos subjetivos, ditos especiais, igualmente situados no plano do ilícito – tal como sustentaram os finalistas, daí a contribuição para compreensão do tema – e que surgem sob a forma de tendências, intenções ou motivos determinados – isto veremos adiante.

Em outras palavras, não são raras as hipóteses em que se mostra insuficiente a simples intencionalidade na forma exigida para todos os tipos penais dolosos (intencionalidade genérica), sendo muitas vezes exigível uma intenção específica, certamente diante da circunstância de o legislador haver pretendido efetivar uma restrição da conduta típica dentro do “universo do comportamento doloso concebível”.³²

Por isto, com precisão afirma MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA³³ que o dolo, em geral, não exige qualquer outro fim subjetivo para sua configuração, mas unicamente o fato ilícito. Contudo, quando tal vier a ocorrer, ou naquelas hipóteses em que houver a exigência de algum outro

³²PALMA, Maria Fernanda. *Dolo e elementos subjetivos da ilicitude. Alínea H da obra Direito Penal. Parte Geral. II Volume. Em publicação.* Página 1.

³³FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal. Parte Geral.* Coimbra: Almedina,

fim subjetivo, estamos diante de uma situação em que a concretização da conduta típica somente ocorrerá quando presente este elemento subjetivo especial em acréscimo ao dolo.

Em síntese, podemos dizer que a totalidade dos tipos dolosos exige uma congruência entre seus aspectos objetivo e subjetivo. Há, entretanto, como vimos, aqueles em que basta que esta congruência seja simétrica, isto é, que o tipo subjetivo contenha apenas o querer a realização do tipo objetivo (dolo), e há outros em que a congruência é assimétrica, porquanto estão a exigir mais do que a simples realização do tipo objetivo.³⁴ Estes, no dizer de ZAFFARONI e PIERANGELI,³⁵ constituem tipos em que o aspecto subjetivo encontra-se hipertrofiado com relação ao aspecto objetivo. O “algo mais”, dizem, seriam os elementos subjetivos do tipo distintos do dolo, ou os elementos subjetivos especiais dos tipos incriminadores. Então, é correto afirmar que o dolo está definido formalmente por sua correspondência com as circunstâncias objetivas do fato (simetria). Os elementos subjetivos especiais dos tipos incriminadores, de modo diverso, caracterizam-se pela circunstância de não possuírem uma contrapartida no tipo objetivo (assimetria). Na lição de STRATENWERTH,³⁶ embora eles possam consistir em uma vontade de concretização de determinada situação de fato, esta estaria para além do tipo objetivo.

Com estas noções, essenciais à busca da (pretensa) solução do problema proposto, prosseguimos, classificando os tipos penais incriminadores que contenham elementos subjetivos especiais para agrupá-los conforme suas particularidades. Tal classificação possui imensa importância prática, traduzindo-se em algo que permite, muitas vezes,

2010, p. 299-300.

³⁴Tendo em vista esta congruência ou incongruência, Mir Puig prefere distinguir em tipos congruentes, nos quais a parte subjetiva da conduta corresponde à parte objetiva, e em tipos incongruentes, casos em que não há dita correspondência. (MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1984, p. 167)

³⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Ob. cit.*, p. 480.

³⁶*Ob. cit.*, p. 171.

concluir pela eventual irrelevância penal de uma conduta, por atipicidade.

3.2 A CLASSIFICAÇÃO DE MEZGER

Historicamente, atribui-se a HANS ALBRECHT FISCHER³⁷ e, em seguimento, a AUGUST HEGLER,³⁸ as primeiras indicações sobre os elementos subjetivos do injusto. Com isto, sepultam a formulação inicial de LIZST e BELLING, para quem o tipo, como vimos, se apresentava como um elemento puramente objetivo. Contudo, foi MEZGER quem primeiro parece haver se preocupado em analisar mais detidamente a questão e efetuar uma classificação destes elementos. Para ele, é equívoco pretender que todos os elementos objetivos estejam invariavelmente no plano do injusto e todos os elementos subjetivos sempre no âmbito da culpabilidade – embora, para ele, isto normalmente ocorra. Conforme seu entendimento, a configuração, ou não, de um injusto estaria a depender, em muitos casos, de determinados momentos subjetivos, que ditariam sua natureza conforme o Direito ou a sua contrariedade a ele.³⁹

Assim sendo, estabelecer as hipóteses nas quais se acham presentes elementos subjetivos do injusto nos tipos incriminadores constitui uma tarefa que estaria a exigir uma especial demonstração. Deveras, como o próprio MEZGER afirmou, demonstrando-se que um determinado elemento do tipo

³⁷Foi Fischer quem, em 1911, examinando o Direito Privado, teria reconhecido a existência, na ação, de elementos de natureza subjetiva e a necessidade de distinguir entre injusto e culpabilidade. Neste ponto, conforme assinala Mezger, não obstante partir Fischer de um ponto de vista da antijuridicidade objetiva – o Direito não deveria exercer uma função de “policia das intenções e pensamentos do indivíduo” -, ainda assim reconhece que não poucas vezes “momentos subjetivos” auxiliam na determinação dos limites do injusto (ver MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*. Tradução de José Arturo Rodrigues Muñoz (2ª edição alemã, 1933). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 2001, p. 333-335).

³⁸Hegler teria sido, em 1914, o primeiro a transpor, para o campo do Direito Penal – e quase simultaneamente a Mayer -, os estudos sobre os elementos subjetivos do injusto (ver MEZGER, Edmund. *Ob. Cit.*, p. 333-335). Segundo ele, embora partindo de uma concepção objetiva do injusto, em muitos casos “o dano social da conduta pode ser dependente, no caso concreto, de momentos subjetivos”. Hegler aponta para a importância do que denomina de “tendência interna transcendente”, própria dos “delitos de intenção”, não havendo quaisquer outros elementos subjetivos de fundamentação do injusto. Consta no livro de Mezger, citado. Não tive acesso à obra de Hegler em idioma que dominasse.

³⁹ *Ob. cit.*, p. 343-346.

penal constitui-se indubitavelmente em um algo subjetivo, situado na “alma do agente”, comprovado está o caráter de elemento do injusto, com amparo em uma “valoração normativa”. O Direito Penal, para MEZGER, conhece os seguintes grupos de tipos de delitos com elementos subjetivos do injusto: ⁴⁰

41

3.2.1 OS DELITOS DE INTENÇÃO (NA FORMA DOS CHAMADOS DELITOS MUTILADOS DE DOIS ATOS)

Nestas hipóteses, o ato é desejado pelo agente como meio subjetivo de uma atuação ulterior a ser por ele mesmo concretizada. Nos delitos de intenção devem ser incluídos os tipos nos quais a intenção subjetiva do autor do fato supere os limites estritos do tipo objetivo. Ele pratica dois atos sucessivamente, sendo o segundo ato praticado com um fim especial ou uma intenção específica. Existe, em outras palavras, um determinado fim buscado pelo agente, que pode ser exemplificado com o delito de furto, em que há a intenção de lucro com a prática da conduta, e com o delito de injúria, caso em que o fim visado é a lesão da dignidade da pessoa. ⁴² Há, ainda, a título de exemplo, o crime de burla (estelionato), ⁴³ em que há exigência da intenção de enriquecimento ilícito mediante engano e

⁴⁰ *Ob. cit.*, p. 343-344.

⁴¹ Idêntica classificação é seguida, dentre outros, por José Cerezo Mir (MIR, José Cerezo. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Volume II. Madrid: Editorial Tecnos, 1997, p. 122), Hans-Heinrich Jescheck (*Ob. cit.*, p. 436-438) e Claus Roxin (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2ª Edição, 1997, p. 316-318). Entretanto, há autores, como Stratenwerth (*Ob. cit.*, p. 143.) e Maria Fernanda Palma (PALMA, Maria Fernanda. *Dolo e elementos subjetivos da ilicitude ...*, p. 1 e seguintes), que defendem uma classificação sensivelmente diversa. Feita esta consignação que entendemos pertinente, porque suficiente aos nossos propósitos e igualmente diante da circunstância de ser a primeira tentativa de uma classificação dos delitos conforme os elementos subjetivos especiais exigidos, entendemos, com o devido respeito à propriedade de outras sistematizações, por adotar a primeira delas neste estudo.

⁴² MIR, José Cerezo. *Ob. cit.*, p. 122.

⁴³ Conforme Figueiredo Dias, referindo-se ao crime de burla: “Para que se verifique o preenchimento do tipo subjetivo não basta, contudo, o dolo de causar um prejuízo patrimonial ao sujeito passivo ou a terceiro, exigindo-se, de outra parte, que o agente tenha a “intenção (...)” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 309).

causação de prejuízo ao patrimônio alheio, e o crime de genocídio.⁴⁴⁴⁵

Importante, porém, lembrar, com base em lição de STRATENWERTH⁴⁶, os múltiplos significados que podem ser conferidos ao vocábulo “intenção”.

Em primeiro, pode revelar idêntica vontade de realização que o conceito de dolo (direto). Tal intenção pode aparecer naquelas hipóteses em que a lei foge à regra de descrever no tipo penal o delito materialmente consumado, ou a plena realização do ilícito. Nestes casos, são tipificados como tipos penais autônomos “consumados” a mera tentativa ou mesmo a

⁴⁴Dispõe o art. II da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, em vigor desde 12 de janeiro de 1951: “Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial, ou religioso, tal como: assassinato de membros do grupo, dano à integridade física ou mental dos membros do grupo, submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial, medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo, transferência forçada de menores do grupo para outro.”

⁴⁵Afirma Kai Ambos: “Um elemento constitutivo especial do tipo é o cometimento de uma das ações mencionadas “with intent to destroy, in whole or in part, a [...] group, as such”. Deste modo, se o ataque se realiza com o fim incondicional de destruição – também a longo prazo e não só físico-biológica – de uma parte significativa do grupo, isto é, se se propõe causar esta destruição, é suficiente, como foi explicado, que o ataque típico se dirija contra um membro de um destes grupos em sua condição de tal. Dessa maneira, nem a efetiva destruição do grupo, nem um ataque a todos os membros do grupo é necessário para realizar o tipo, basta haver a *intenção de destruição*. Mas ela é também imprescindível: se a destruição de um grupo é só o resultado de outra situação, por exemplo, de um conflito armado, ou a consequência secundária de outra intenção, por exemplo, a expropriação dos bens do grupo, falta a intenção específica de destruição e o tipo de genocídio não se realiza. As ações mencionadas devem tender, por isso, à destruição de um dos grupos mencionados, e a intenção de destruição deve referir-se a esses grupos. Trata-se de um *delito de intenção* (“Absichts-oder Zieldelikt) que corresponde estruturalmente à tentativa. Por outra parte, - junto com a intenção especial -, deve existir *dolo (genérico)*. Nesse sentido, é suficiente, ao menos segundo a compreensão alemã, o *dolus eventualis*.” (AMBOS, Kai. *A parte geral do Direito Penal Internacional. Bases para elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 141-142). Adiante, na mesma obra, reforça o entendimento: “Assim, o art. 6º exige uma *intenção de destruição especial*. Tal requisito constitui um elemento subjetivo do tipo – que se soma ao dolo (genérico) – e não um elemento da culpabilidade. Este elemento subjetivo especial do tipo faz do genocídio, que materialmente representa um crime contra a humanidade e em especial se assemelha ao crime de perseguição fundado em determinados motivos discriminatórios do art. 7 (1)(h), por um lado, uma ‘forma de perseguição extrema e [a] mais desumana’, por outro a *tendência interna transcendente* do tipo, encaminhada à destruição de um grupo determinado, distingue do crime de perseguição e de todos os outros crimes contra a humanidade, outorgando-lhe uma qualidade especial. Como já foi constatado em outro lugar se trata de um *delito de intenção*.” (Op. cit., p. 481-482)

⁴⁶ Ob. cit. p. 172.

preparação própria do delito. A redução do tipo objetivo, aqui, é compensada em face de que a consumação do fato tem de haver sido intencional, traduzida em uma vontade efetivamente dirigida àquela finalidade. Não há suficiência do dolo eventual, portanto. Como exemplo, podemos citar o art. 256º do Código Penal Português, que trata da “falsificação ou contrafação de documento”. Exige-se, nesta hipótese, para além do dolo, a intenção especial consistente na finalidade de “causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado”, de “obter para si ou para outra pessoa benefício ilegítimo” ou de “preparar, facilitar, executar ou encobrir outro crime”, mas pouco importa se o documento falso produzido ou se o documento autêntico falsificado hajam sido efetivamente utilizados. A lei considera bastante a mera falsificação, contanto que tenha por escopo a intenção especial a que acima se fez alusão.

O vocábulo “intenção” pode ainda guardar referência com os propósitos que se correspondem ao dolo direto. Neste caso, tal como no anterior, não haveria uma suficiência em uma vontade de realização condicionada, no sentido do dolo eventual. Como exemplo, podemos mencionar o tipo do art. 365º do Código Penal Português, que prevê a “denúncia caluniosa”. Nesta hipótese a intenção do agente é decorrência da conduta voluntária praticada que deverá terminar, em tese, com a instauração de procedimento.

Por fim, a palavra “intenção” pode ganhar significado ainda mais restritivo. Isto ocorre naquelas hipóteses em que a intenção se caracteriza como a vontade dirigida a realizar a verdadeira finalidade da ação. Nestas hipóteses, também a possibilidade de realização do tipo ocorre unicamente mediante o dolo direto.⁴⁷ Tome-se o exemplo daquele que coloca uma bomba no avião de um político para matá-lo. Este age com o dolo direto de homicídio também em relação às pessoas que o acompanham, tal não se

⁴⁷STRATENWERTH, *ob. cit.*, p. 173.

modificando ante o fato de estas consequências colaterais serem eventualmente detestáveis ao autor, que absolutamente não as deseja. Então, para STRATENWERTH,⁴⁸ o autor não pode seccionar sua vontade de realização das consequências de seu agir que lhe pareçam inevitáveis, somente pelo fato de que lhe venham a ser desagradáveis.

3.2.2 OS DELITOS DE TENDÊNCIA

Também chamados de “delitos de resultado cortado”,⁴⁹ são aqueles delitos nos quais a conduta aparece como realização de uma “tendência subjetiva”. É indiferente, para MEZGER,⁵⁰ que tal tendência adquira realidade imediatamente, na própria ação, ou que somente venha a surgir como uma decorrência próxima ou remota da referida ação.

Podemos exemplificar com menção ao art. 171º do Código Penal Português, que dispõe sobre o “abuso sexual de crianças”, e ao art. 369º do mesmo diploma legal, que prevê o tipo de “denegação da justiça”.

3.2.3 OS DELITOS DE EXPRESSÃO

A ação surge como expressão de um processo anímico do agente. Há, nas palavras de CEREZO MIR,⁵¹ uma discordância entre uma declaração e o saber do agente. Nestas hipóteses, o tipo penal incriminador estaria a exigir do agente um estado interior de conhecimento que esteja em contradição com um comportamento externado.

Como exemplo, é passível de citação o art. 360º do Código Penal Português, que trata da “falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução”.

A importância prática de tal classificação, conquanto negada por alguns, é evidente para o fim de bem examinar as peculiaridades de cada

⁴⁸ *Ob. cit.*, p. 107-108.

⁴⁹ Estes, em verdade, seriam aqueles em que, em especial, o comportamento humano aparece como fundamento de uma consequência posterior que não precisa se concretizar.

⁵⁰ *Ob. cit.*, p. 344.

tipo penal, às quais são aferidas a partir do grupo a que pertencem, permitindo, muitas vezes, como já tivemos oportunidade de realçar, verificar-se a eventual (a)tipicidade de uma conduta praticada.

Pois bem. Agora, ultrapassadas as premissas necessárias, finalmente enfrentaremos a problemática da (in)suficiência do dolo eventual nos casos em que ditos elementos estejam previstos no tipo, não sem antes, porém, delimitar o seu alcance a partir das teorias que se ocuparam da questão.

4 TIPOS PENAIS INCRIMINADORES QUE PREVÊEM ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIAIS: A (IN)SUFICIÊNCIA DO DOLO EVENTUAL

Estabelecida uma definição, posto que superficial, do que sejam os elementos subjetivos especiais dos tipos incriminadores, e exposta uma classificação destes conforme a presença de referidos elementos, necessária uma análise pormenorizada do dolo eventual e suas peculiaridades. Isto feito, possível, em seguimento, verificar-se a (in)suficiência respectiva, se for o caso, naquelas hipóteses em que houver indispensabilidade de outros elementos anímicos para configuração do tipo penal incriminador, sempre em atenção às posições da doutrina e aos precedentes extraídos da jurisprudência.

A questão aqui é, então, finalmente buscarmos a resposta para a questão inicial, nos seguintes termos: os tipos incriminadores que exigem elementos subjetivos especiais podem ser cometidos por conduta caracterizada por dolo eventual? Sim? Não? A possibilidade ou impossibilidade ocorre com relação a todas as espécies de tipos especiais incriminadores com elementos subjetivos especiais, conforme classificação exposta no capítulo anterior? Ou somente a algumas? Passemos à busca de respostas, iniciando por traçar algumas características e delimitar a extensão do dolo eventual.

⁵¹ *Ob. cit.*, p. 123.

4.1 PARA UMA DELIMITAÇÃO ACERCA DO ALCANCE DO DOLO EVENTUAL

Neste sentido, já bem visto em que consiste o dolo direto,⁵² examinados os seus elementos, urge que se delimite o alcance do dolo eventual.⁵³ E já em um primeiro momento entendemos importante, especificamente com relação ao dolo eventual e à culpa consciente (embora nosso estudo tenha estrita relação com o dolo, e não com a negligência), especificar o seguinte: (a) em nenhum dos casos se deseja efetivamente a produção do resultado (realização do tipo objetivo); e (b) nas duas hipóteses o agente reconhece a possibilidade de que este se venha a produzir.⁵⁴

Então, podemos dizer que ao atuar com dolo eventual o agente prevê tão somente como possível a realização do tipo objetivo, cuja concretização diretamente não deseja. Em outras palavras, sedimentando o conceito, pode-se dizer que há caracterização do dolo eventual, em breves linhas, naqueles casos em que a vontade (ou intenção genérica) não se dirige

⁵²Para uma diferença entre dolo direto e dolo eventual recorremos à valiosa lição de Juarez Tavares: “A diferenciação com o dolo direto deve se dar, primeiramente, em que naquele, a associação representativa se fixa na certeza de que as consequências ligar-se-ão necessariamente aos meios ou ao fim, enquanto que neste esta ligação se representa apenas como possível na mente do autor. O caráter de ligação necessária ou somente possível na mente do autor é que marca já, dentro do momento intelectual, a linha divisória entre as duas espécies de dolo.” (TAVARES, Juarez. *Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo*. Revista de Direito Penal, São Paulo, v. 6, 1972, p. 112)

⁵³Nas palavras de Maurach: “El dolo directo no es, ni con mucho, suficiente para abarcar todos los casos en los que, por motivos necesarios de política criminal, debe afirmarse la existencia de dolo (y en los que, según el criterio mantenido por la teoría dominante, puede sin reparos afirmarse también desde el punto de vista dogmático su concurrencia). Muy corrientes son los casos en los que el autor, si bien no desea ni considera necesario el resultado, está decidido a perseguir la meta extratípica deseada, aun cuando, o cuente conscientemente con una cierta probabilidad de producción del resultado típico, o este dispuesto en todo caso a conformarse o a soportar la realización de este evento, o, por último, apruebe la producción no deseada, al menos indiferente, del resultado, por ser la admisión del riesgo *conditio sine qua non* de la acción a la que no quiere renunciar. Estas consideraciones, enlazadas desordenadamente una tras otra, derivadas en parte del conocimiento y en parte de la voluntad del autor, configuran las más extremas fronteras imaginables (que se determinan con detalle a continuación) del llamado dolo eventual (*dolus eventualis*).” (MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 315)

⁵⁴Neste sentido, consta do acórdão nº 06P665 do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 29.03.2006, que “a representação do preenchimento do tipo legal como resultado possível ou provável da conduta é um traço comum, quer ao dolo eventual, quer à negligência consciente.”

diretamente à prática do fato, mas o agente o aceita como uma consequência acessória de sua própria conduta.⁵⁵ O elemento volitivo pressupõe, posta a questão de uma forma propositadamente simples, que o autor consinta na produção do resultado típico, conscientemente, conhecedor da presença dos elementos objetivos do tipo penal incriminador.⁵⁶ O resultado não é, pois, previsto como consequência certa da ação realizada, mas como uma decorrência meramente possível, como um efeito que se pode verificar, ou não.⁵⁷

Por isso, adverte MARIA FERNANDA PALMA,⁵⁸ afigura-se insuficiente o elemento intelectual do dolo, já que não haveria representação da efetiva produção do resultado – mas algo diverso - e de suma importância a análise da posição volitiva do agente (conformação do agente com aquela realização, tendo em vista que o elemento volitivo aparece de modo diverso nas diversas espécies de dolo). Ao assim dizer, parece-nos que está a aderir à teoria do consentimento para definir os limites (ou o alcance) do dolo eventual.

Concordamos com tal entendimento. De fato, a teoria da probabilidade (concebida por FRANK), aqui sinteticamente exposta, admite a existência do dolo eventual contanto que ocorra, por parte do agente, uma representação de proximidade de produção do resultado. Para seus defensores, a posição anímica do agente relativamente ao resultado em nada interessaria. Daí porque a concebemos equivocada. A teoria do consentimento, e nisto concordamos com MAURACH,⁵⁹ é mais precisa, tornando possível que se outorgue a devida relevância ao aspecto “vontade delitiva.” Para os defensores desta corrente, indispensável que se exija do

⁵⁵MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Milão: CEDAM, 2001, p. 324.

⁵⁶ESER, Albin e BURKHARDT, Björn. *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*. Tradução de Silvina Bacigalupo e Manuel Cancio Meliá. Madrid: Editorial COLEX, 1995, p. 161.

⁵⁷BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale. Parte Generale*. Pádova: CEDAM, 1978, p. 448-449.

⁵⁸PALMA, Maria Fernanda. *A vontade no dolo eventual*. In: *Estudos em homenagem a Professora Magalhães Colaço. Volume 2*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 795.

agente não somente que tolere o resultado, mas que igualmente dê o seu assentimento ou, em outros termos, que aprove a respectiva produção.

Retomando lição de MARIA FERNANDA PALMA, no dolo eventual é, então, a compreensão da posição volitiva do agente o cerne da caracterização como dolo. E, concordando com tal entendimento, é exatamente a partir disto que se deve iniciar uma discussão sobre a (in)suficiência do dolo eventual como elemento subjetivo do comportamento humano naqueles tipos penais incriminadores que estejam a exigir elementos subjetivos especiais. Prossigamos, então.

4.2 FINALMENTE: É BASTANTE O DOLO EVENTUAL PARA CONFIGURAÇÃO DE TIPOS PENAIS INCRIMINADORES QUE PREVÊM ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIAIS?

Estudados e bem compreendidos o dolo, enquanto elemento subjetivo genérico, e igualmente os elementos subjetivos especiais dos tipos incriminadores, é chegada a hora de finalmente nos debruçarmos na busca de uma solução ao problema proposto, sempre lembrando, como dissemos acima, que ao agir com dolo eventual o agente não deseja efetivamente a produção do resultado, embora internamente reconheça a possibilidade, ou probabilidade, de que este se venha a se produzir, assentindo quanto a isto.⁶⁰

Para tanto, para além dos argumentos que nos conduzem a uma conclusão, trataremos de realizar, com o intuito de conferir uma aconselhável densidade e completude ao estudo a que nos propusemos efetuar, um singelo exame de casos nos quais estejam em análise elementos subjetivos especiais e sua compatibilidade com o dolo eventual. Utilizaremos, para tanto, os acórdãos que, enfim, solucionam as hipóteses

⁵⁹MAURACH, Reinhart. *Ob. cit.*, p. 316-317.

⁶⁰Tal entendimento decorre, conforme realçamos, a partir do precedente substanciado no acórdão nº 06P665 do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 29.03.2006, igualmente nos casos de negligência consciente.

levantadas na introdução, na ordem apresentada, e outros, para comparação.

4.2.1 DOLO EVENTUAL E DELITOS DE INTENÇÃO

Partindo-se dos pressupostos já estabelecidos no decorrer deste trabalho exsurge a conclusão de que deve ser descartado o dolo eventual – como elemento subjetivo – naqueles tipos penais incriminadores em que haja previsão de algum elemento subjetivo especial consistente em uma intencionalidade específica.⁶¹ Tal entendimento se nos afigura evidente, e a ele já fizemos alusão anteriormente, porquanto não há, no dolo eventual, e isto ocorre de igual modo nas hipóteses de culpa, o desejo efetivo de realização do tipo objetivo, inviável logicamente afirmar que esteja presente, por isto, a “especial” intenção que caracteriza o elemento subjetivo especial. Ora, se sequer há uma intencionalidade genérica, resta claro que não pode haver uma intenção especial ao atuar o agente sem uma adequada representação do(s) fato(s).

Em outras palavras, não se mostra demasiado advertir que, em havendo a previsão, no tipo, de elementos subjetivos especiais, decorre a conclusão inarredável de que estes delitos não podem ser imputados a título de culpa. É que nestes casos se produz um resultado não pretendido pelo agente, que, ao contrário, pretendia realizar uma conduta lícita ou de gravidade distinta⁶². E, como vimos, se também no dolo eventual, o agente de fato não pretende a produção deste resultado, é indubitosa a impossibilidade de cometimento de “delitos de intenção” mediante o dolo mais débil.

Buscando cotejar tais afirmações com a jurisprudência dos tribunais portugueses, cabível uma análise do acórdão proferido no processo nº

⁶¹Seja qual for o significado com que se venha a empregar tal vocábulo, observada aqui a diferenciação de Stratenwerth, explicitada no item 2.2., supra.

⁶²SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português. Parte Geral*. Volume 1, Lisboa: Editorial Verbo, 1998, p. 169.

07P2599, de 04 de outubro de 2007 (Supremo Tribunal de Justiça), que decidiu a primeira hipótese mencionada na introdução (sobre o crime de “burla”, previsto no art. 217º, “1”, do Código Penal). Na decisão, que entendeu pela condenação da acusada, consignou-se, entretanto, que “o crime de burla é uma forma evoluída de captação do alheio em que o agente se serve do erro e do engano para que incauteladamente a vítima se deixe espoliar, e é integrado pelos seguintes elementos: - intenção do agente de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo; - por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou; e – determinar outrem à prática de atos que lhe causem, ou causem a outrem, prejuízo patrimonial.

Pois bem. O crime de burla, previsto no art. 217, “1”, do Código Penal Português, está inserido entre os chamados “delitos de intenção”. Há a previsão, para além do dolo, de uma intencionalidade específica, circunstância expressamente reconhecida na decisão mencionada do parágrafo anterior, consistente em “obter para si ou para terceiro o enriquecimento ilegítimo”, sendo esta especial intenção geradora da necessidade do dolo direto. Não esqueçamos, nesta esteira, das lições de MEZGER e de STRATENWERTH, acima expostas,⁶³ e igualmente o entendimento de FIGUEIREDO DIAS,⁶⁴ para quem sempre que houver

⁶³ Observar o que dissemos no capítulo 2, item 2.2.1, supra.

⁶⁴ Diz ele, em comentários ao tipo penal do art. 369º do Código Penal, entendimento que, por seu carácter genérico, aqui pode ser aplicado: “(...) O primeiro problema prende-se com a admissibilidade do dolo eventual. Por força das regras contidas na PG (cf. arts. 14º e 15º), quando a lei exige o dolo para a verificação do tipo subjectivo da correspondente figura de crime, tal deve entender-se por referencia às distintas variantes ou modalidades em que esse elemento se pode apresentar, i. é, o dolo directo (aqui incluindo o comumente designado dolo necessário) e o dolo eventual. Só a negligência se encontra sujeita a uma regra de *numerus clausus*, excluindo-se a sua punibilidade quando não expressamente consignada na lei. Por vezes, porém, a formulação típica utilizada pelo legislador, ao exigir uma particular forma de conhecimento ou de vontade do agente, parece indicar a exclusão da figura do dolo eventual, cingindo, desta forma, o tipo subjectivo à modalidade de dolo directo. Este, de facto, um dos sentidos úteis para certos elementos caracterizadores da vertente subjetiva da figura delitual, como intencionalmente ou conscientemente, os quais, como sublinha a doutrina germânica perante as correspondentes formulações da lei alemã (*absichtlich* e *wissentlich*), não se compaginam com a forma mais débil do agir doloso que o dolo eventual traduz.” (DIAS, Jorge

referência no tipo penal a expressões tais como “intencionalmente” ou “conscientemente” desaparece a possibilidade de a conduta típica ser praticada mediante o dolo eventual, pressupondo-se, em tais casos, o dolo direto.

Para efeito de comparação com a hipótese anterior e fortalecimento da tese que ora estamos a sustentar, tomamos por exemplo o tipo do art. 231º, “1”, do Código Penal Português, que prevê uma das modalidades do delito de receptação, igualmente um “delito de intenção”. Neste caso, pratica-se a conduta descrita no tipo com a “intenção de obter, para si ou para outra pessoa, vantagem patrimonial (...)”, o que força uma conclusão no sentido da indispensável configuração do dolo direto – sob pena de atipicidade subjetiva –, insuficiente para configuração do tipo subjetivo o dolo eventual, conforme, aliás, jurisprudência recorrente dos tribunais portugueses.

No mesmo sentido, ainda para efeito de comparação e reforço da conclusão a qual chegamos:

a) o acórdão n° 0242128, de 07 de maio de 2003, do Tribunal da Relação do Porto, firmou entendimento de que “o n. 1 do artigo 231 do Código Penal (receptação) contém um tipo exclusivamente doloso, exigindo um dolo específico: é necessário que o agente saiba que efetivamente a coisa provém de um facto ilícito típico contra o património, pelo que a simples admissão dessa possibilidade, a título de dolo eventual, não é suficiente para o preenchimento do tipo subjetivo. O receptor tem ‘ciência certa de que a coisa provém de um facto ilícito típico contra o património, actuando com a intenção de obter vantagem da perpetuação de uma situação patrimonial antijurídica.’”

b) a decisão adotada no processo n° 3101/05, em 18 de janeiro de 2006, pelo Tribunal da Relação de Coimbra, igualmente em exame o delito

de receptação, decretou, transcrevendo-se aqui a parte pertinente, que “o preenchimento do tipo de crime de receptação exige, objectivamente, a prova de que a coisa receptada foi obtida por facto ilícito contra o património e, subjetivamente, o dolo específico relativamente à proveniência da coisa.”

Finalmente, ainda com o fim de demonstrarmos o tratamento jurisprudencial dispensado aos delitos de intenção, mencionamos o tipo penal do art. 365º, “1”, do Código Penal Português, que dispõe sobre o delito de “denúncia caluniosa”. Neste, após a falsa denúncia, há a necessidade de configuração da especial intencionalidade de que se instaure procedimento em relação à terceira pessoa. Neste ponto, especificamente quanto a este tipo penal, pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça, no corpo da decisão proferida no acórdão nº 02P4625, de 01 de outubro de 2002, sobre a questão dos respectivos elementos subjetivos genéricos e específicos, afirmando ser necessário que o agente tenha atuado com dolo direto e com consciência da falsidade da imputação, o que bem demonstra a insuficiência do dolo eventual.⁶⁵

Perceba-se, ainda como uma forma de justificar nossa posição, que há expressa referência à intencionalidade específica em todos os casos de “delitos de intenção”, o que faz com que, partindo-se da já referida lição de

Coimbra Editora, 1999, p. 619, com grifo no original)

⁶⁵Consta do corpo da decisão, e nesta parte demonstrada a necessidade de prática de atos sucessivos: Em suma, são elementos constitutivos do crime de denúncia caluniosa: a) Fazer por qualquer meio, perante autoridade ou publicamente, denúncia ou lançamento sobre determinada pessoa de suspeita da prática de infracção penal. b) Ter a consciência da falsidade da imputação, mesmo sendo esta sob a forma de suspeição. c) Ter a intenção de conseguir que contra essa pessoa seja instaurado procedimento atinente. **Ou seja, é necessário que o agente tenha actuado com dolo directo e que tenha consciência da falsidade da imputação.** O crime de denúncia caluniosa consuma-se logo que a denúncia ou o lançamento da suspeita seja feita perante autoridade ou publicamente, não sendo necessário que a autoridade competente venha a instaurar contra o suspeito o procedimento atinente. Mas, voltemos ao tipo subjectivo deste ilícito. O facto só é punível a título de dolo. Trata-se, aliás, de um dolo qualificado por duas exigências cumulativas: por um lado, o agente terá de actuar "com consciência da falsidade da imputação"; por outro, e complementarmente, terá de o fazer "com intenção de que contra ela se instaure procedimento". A consciência da falsidade significa que, no momento da acção o agente conhece ou tem como segura a falsidade dos factos objecto da denúncia ou suspeita. **O que equivale a excluir nesta parte a relevância do dolo eventual, não preenchendo o tipo aquele que age admitindo a possibilidade da**

FIGUEIREDO DIAS,⁶⁶ com a qual concordamos, desapareça a viabilidade jurídica de que a conduta seja cometida pela forma “mais débil” do dolo.

Há, entretanto, opiniões em sentido contrário. KAI AMBOS,⁶⁷ por exemplo, quando examina o crime de genocídio, um delito de intenção, efetivamente admite o cometimento mediante o dolo eventual, ressalvando, contudo, que seu entendimento tem por substrato a concepção alemã, e não outra. Ora, não podemos concordar. Neste ponto, como já dissemos, sempre que houver referência a uma especial intenção por parte do agente, a uma intencionalidade específica, desaparece a viabilidade jurídica de que a conduta venha a ser cometida por dolo eventual, por manifesta incompatibilidade (ou insuficiência).

4.2.2 DOLO EVENTUAL E DELITOS DE TENDÊNCIA

De igual forma, não há como admitir-se o cometimento, mediante dolo eventual, dos chamados “delitos de tendência”, nos quais a conduta aparece como realização de uma “tendência subjetiva”. Tome-se, por exemplo, o art. 369º do Código Penal Português para perceber-se que nestas espécies delitivas há necessidade de que o agente atue “conscientemente”. Isto força concluir que o agente deve possuir uma ideia precisa dos efeitos do ato que pratica, não se afigurando suficiente a mera representação de sua probabilidade e consentimento com a eclosão eventual do resultado.

Neste sentido, no julgamento do caso descrito na hipótese nº 2 da introdução (processo nº06P2050, de 18 de junho de 2008, do Supremo Tribunal de Justiça), que estava a tratar do tipo penal mencionado no parágrafo anterior, consignou-se, para não pronunciar o agente, que “(...) trata-se de um ilícito que pressupõe uma especial qualidade do agente e a

falsidade dos factos. (...) (Não há grifo no texto original)

⁶⁶Observar nota 63, supra.

⁶⁷Observar nota 44, supra.

violação de poderes funcionais inerentes ao cargo desempenhado, configurando um crime específico, que mais não é do que um comportamento, activo ou omissivo, de funcionário contra direito. Agir contra direito significa, essencialmente, a contradição da decisão (aqui incluindo o comportamento passivo) com o prescrito pelas normas jurídicas pertinentes – cf. Medina de Seíça, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, tomo III, Coimbra Editora, 2001, pág. 615. IX - O n.º 1 da norma satisfaz-se com o dolo genérico, mas que terá de revestir a modalidade de dolo directo, desinteressando-se aqui a lei dos fins ou motivos do agente: apesar de quando a lei exige o cometimento doloso para a verificação do tipo subjectivo tal significar que quer abranger desde a sua forma mais intensa até à sua modalidade mais fraca, o legislador pode restringir a sua esfera de aplicação através da formulação típica, exigindo uma particular forma de conhecimento ou de vontade do agente, desiderato que é conseguido com a introdução de expressões como conscientemente ou intencionalmente, cingindo-se assim o agir doloso apenas ao dolo directo – é precisamente a situação do art. 369.º, n.º 1, do CP. (...).”

Assim, ao menos a partir dos termos desta primeira decisão mencionada, com cujo teor concordamos, não se admite o cometimento do tipo penal do art. 369º (delito de tendência) com dolo eventual. E, de fato, uma leitura atenta do dispositivo em exame permite verificar que o tipo exige que o funcionário venha a atuar “conscientemente”. Ora, já por isto não se pode pretender que o tipo subjetivo esteja preenchido a partir da mera representação do fato como possível (ou provável) e conformação com a produção do resultado. Cumpre lembrar aqui, mais uma vez, o entendimento de FIGUEIREDO DIAS,⁶⁸ acima transcrito, com a qual já manifestamos concordância, e conclui-se pela inadmissibilidade de cometimento do delito em tela mediante o dolo eventual.

⁶⁸Observar nota 63, supra.

Para que não se dê margem à dúvida, na medida em que (e se) isto seja possível, lembramos que idêntico entendimento restou sedimentado no acórdão n°07P031, de 08 de outubro de 2008, do Supremo Tribunal de Justiça, quando em julgamento caso que tinha como objeto o mesmo tipo penal do art. 369°. Consoante este precedente, “não obstante, ao utilizar-se a fórmula ‘conscientemente e contra direito, a lei pretendeu excluir da imputação subjectiva a modalidade menos intensa, a do dolo eventual (n.º 3 do art. 14.º do CP), pelo que o dolo, enquanto vontade de realizar o tipo com conhecimento da ilicitude (consciência), há de apreender-se através de factos (acções ou omissões) materiais e exteriores, suficientemente reveladores daquela vontade, de onde se possa extrair uma opção consciente de agir desconforme à norma jurídica.”

Por isto, igualmente nas hipóteses dos denominados delitos de tendência estamos a defender a insuficiência do dolo eventual.

4.2.3 DOLO EVENTUAL E DELITOS DE EXPRESSÃO

Finalmente, em se tratando dos delitos de expressão, de que é exemplo o art. 360° do Código Penal Português, supomos igualmente inviável o cometimento por dolo eventual. Valemo-nos, novamente, para reforçar nosso entendimento, dos ensinamentos de STRATENWERTH,⁶⁹ acima expressos, e igualmente dos posicionamentos sistematicamente adotados pela doutrina e jurisprudência portuguesas, nos termos constantes das referências feitas ao longo do texto.

Neste último ponto, indispensável referir, de plano, que no acórdão proferido em caso no qual julgava-se o cometimento do crime de “falsidade de testemunho” (Código Penal, art. 360°), descrito na hipótese n° 3 da introdução, ficou consignado que somente poderá restar configurado o delito “se a testemunha prestar um depoimento falso, com a consciência dessa falsidade. Neste caso, resultaria evidente o intuito doloso, havendo de

concluir-se que o depoente agiu com o intuito de ofender o visado, estando igualmente afastada a exigência da ilicitude, pois faltando á verdade, a testemunha não cumpriu o dever legal previsto pela norma.” Para além disso, importante salientar, entendeu-se que não caberia a testemunha, em qualquer caso, comprovar a veracidade do depoimento que está a prestar (ou que prestou). Nos termos empregados na decisão, “seria um absurdo fazer recair nos ombros da testemunha, que foi coercivamente obrigada a depor e com verdade, o ónus da prova da veracidade das imputações”. Tal dever de provar incumbiria, então, ao que constou, ao Estado, mediante regular investigação.

De se dizer, entretanto, existirem posições em sentido contrário, em especial quanto ao tipo penal que mencionamos – o raciocínio, contudo, pode ser estendido a outros delitos de expressão. Nesse sentido, podemos citar posição de IOLANDA RODRIGUES DE BRITO,⁷⁰ para quem qualquer das modalidades de dolo é suficiente para possibilitar o cometimento do delito em questão. Para ela, não haveria nenhuma razão para excluir o dolo eventual, em especial quando a testemunha representa a falsidade do testemunho como consequência possível de sua conduta.

Não nos parece aceitável o posicionamento. Com efeito, ao prestar seu depoimento, a testemunha tem o conhecimento do todo ou parte dos fatos, tendo de relatar ao magistrado unicamente aquilo que sabe. E quando falta com a verdade, necessariamente o faz com a consciência de que não está a reproduzir aquilo que sabe sobre um determinado acontecimento. Tal raciocínio merece ser estendido aos demais tipos penais que possam ser enquadrados nos “delitos de expressão”, de modo que supomos insuficiente o dolo eventual para o efeito de caracterizar o tipo subjetivo igualmente nestas hipóteses.

⁶⁹Ver item 2.2., acima.

⁷⁰BRITO, Iolanda Rodrigues de. *Crime de falso testemunho prestado perante tribunal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 67.

5 UMA CONCLUSÃO

Com base em todas as considerações lançadas ao longo do texto, concluímos finalmente no sentido da inviabilidade de que tipos penais em que haja previsão de elementos subjetivos especiais possam ser cometidos por dolo eventual. Percebamos, neste ponto, que a lei, ao exigir uma finalidade especial ou uma determinada tendência, requer que o agente venha a atuar com consciência e intencionalidade direta. Não há lógica em admitir-se o dolo eventual naqueles casos em que há expressa referência a uma intencionalidade específica (delitos de intenção), nos quais não basta o mero querer a prática da conduta de forma consciente e voluntária, senão que se mostra exigível o algo mais. Esta mesma lógica impede que se admita o dolo eventual como elemento subjetivo genérico nos delitos de tendência. Isto porque aqui há indeclinável necessidade de que o agente atue de modo consciente, o que torna forçoso concluir que tenha de possuir uma ideia precisa dos efeitos do ato que pratica. Não é bastante, em outras palavras, a mera representação de sua probabilidade e consentimento com a eventual produção do resultado. Por fim, igualmente inviável o cometimento, por dolo eventual, dos chamados delitos de expressão. Aqui, cumpre assinalar, tomando-se, por exemplo, o delito de falsidade de testemunho, que quando o agente atua possui conhecimento dos fatos que deve relatar, devendo transmitir somente aquilo que sabe. Quando falta com a verdade, é óbvio que o faz com a consciência de que não está a reproduzir aquilo que sabe sobre um determinado acontecimento. Por isso, salientando que se trata de uma proposta despida de uma pretensão de busca da solução definitiva à hipótese – mesmo porque, tal como já disse POPPER, toda teoria científica é sempre provisória, já que destinada a ser superada e retificada – concluímos que o dolo eventual é, então, insuficiente para configurar tipos penais incriminadores quando estes estejam a exigir a presença de elementos subjetivos especiais diversos do dolo.

6 REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai. **A parte geral do Direito Penal Internacional. Bases para elaboração dogmática.** Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- BETTIOL, Giuseppe. **Diritto Penale. Parte Generale.** Pádova: CEDAM, 10^a Edição, 1978.
- BRITO, Iolanda Rodrigues de. **Crime de falso testemunho prestado perante tribunal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito Penal.** Parte Geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2^a edição, 2011.
- CONDE, Francisco Muñoz e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal.** Parte General. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito.** Tradução de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal.** Volume I. Coimbra: Almedina, 2008.
- COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de Direito Penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2^a Edição, 2010.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Comentário Conimbricense do Código Penal.** Parte Especial. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- _____. **Comentário Conimbricense do Código Penal.** Parte Especial. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- _____. **Direito Penal.** Parte Geral. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2^a Edição, 2011.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique. **Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal em México.** México: Editorial Porrúa, 2007.
- ESER, Albin e BURKHARDT, Björn. **Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias.** Tradução de Silvina Bacigalupo e Manuel Cancio Meliá. Madrid: Editorial COLEX, 1995.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2010.

GARCIA, M. Miguel. **O risco de comer uma sopa e outros casos de Direito Penal**. Elementos da Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2011.

GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. In: Liber Amicorum de José de Souza e Brito em comemoração do 70º aniversário. Coimbra: Almedina, 2009.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte General. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luís Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcel Pons, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. **Volume Primeiro**. Tradução de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

LIFSCHITZ, Sérgio Politoff. **Los elementos subjetivos del tipo legal**. Buenos Aires: BdeF, 2ª Edição, 2008.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. Tradução de Luis Jimenez de Asua. Madrid: Editorial Reus, 4ª Edição, 1999.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale**. Milão: CEDAM, 2001.

MARQUES, Daniela de Freitas. **Os elementos subjetivos do injusto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MATTA, José Caeiro. Do furto. **Esboço histórico e jurídico**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Tradução de José Arturo Rodrigues Muñoz (2ª edição alemã, 1933). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 2001.

MIR, José Cerezo. **Curso de Derecho Penal Español**. Parte General. Volume II. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Parte General. Barcelona:

Promociones Publicaciones Universitarias, 1984.

_____. **La teoria del delito.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 142. Janeiro 2003.

PALMA, Maria Fernanda. **A vontade no dolo eventual.** In: **Estudos em homenagem a Professora Magalhães Colaço.** Volume 2. Coimbra: Almedina, 2002, p. 795-833.

_____. **Dolo e elementos subjetivos da ilicitude.**

Alínea H da obra Direito Penal. Parte Geral. II Volume. Em publicação.

PICOTTI, Lorenzo. **Il dolo specifico – un’indagine sugli “elementi finalistici” dele fattispecie penali.** Milão: Dott. A. Giufree Editore, 1993.

PUPPE, Ingeborg. **Dolo eventual e culpa consciente.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 58. Abril 2006, p. 114.

RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importância para el sistema del Derecho penal.** Buenos Aires/Montevidéo: BdeF, 1ª Edição, 2011.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **Los Elementos Subjetivos del Delito.** Buenos Aires/Montevidéo: BdeF, 2ª Edição, 2010.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General.** Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2ª Edição, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal.** Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Germano Marques da. **Direito Penal Português.** Parte Geral. **Volume 1.** Lisboa: Editorial Verbo, 1998.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal. Parte General. El hecho punible.** Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo Sancinetti. Navarra: Civitas, 2005.

TAVARES, Juarez. **Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo.** Revista de Direito Penal. São Paulo, v. 6, 1972.

TERRAGNI, Marco Antonio. **Dolo eventual y culpa consciente: adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales.** Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman.** Parte General. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñes Pérez. Santiago do Chile: Editorial Juridica de Chile, 11^a Edição, 1970.

_____. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.** Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires/Montevideo: BdeF, 2^a Edição, 2002.

_____. **Estudios de Derecho Penal.** Buenos Aires/Montevideo: BDEF, 2^a Edição, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4^a Edição, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal.** Parte General. Tomo III. Buenos Aires: EDIAR, 1981.

REFLEXÕES SOBRE A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO – POSSÍVEL RENOVAÇÃO DA INFLUÊNCIA ITALIANA PÓS “CÓDIGO ROCCO” SOBRE A *INDAGINE DIFENSIVE*.

Denis Sampaio¹

RESUMO: O presente estudo pretende fazer uma análise ilustrativa (não exauriente) da reforma processual penal italiana quanto à busca de um processo mais dialogal, incluindo a referência ao contraditório em *senso forte*. Neste sentido, o ordenamento jurídico italiano prescreve a possibilidade da investigação defensiva (*indagine difensiva*) em que muda a postura de um processo inquisitivo buscando sua característica acusatória. Neste sentido, pretendemos fazer uma relação com o nosso ordenamento jurídica na busca de uma influência comparada para que tenhamos um maior fortalecimento defensivo em busca de um processo mais equilibrado. Assim, foram indicadas as alterações mais pertinentes sobre o tema, tanto no contexto constitucional, quanto processual penal italiano.

PALAVRAS-CHAVE: contraditório – sistema acusatório - processo justo - investigação defensiva – equilíbrio processual.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A mudança da postura italiana - o justo processo como um modelo constitucional; 3. Possibilidade investigativa pelo defensor no CPP italiano; 4. Valor probatório da atividade investigativa defensiva; 5. Considerações finais: o grau de abrangência da defesa na investigação criminal no Brasil, a partir do direito comparado; 6. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Um dos pontos de maior interesse na estrutura processual penal diz

¹ Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade Clássica de Lisboa - Portugal ; Mestre em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes; Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do RJ e Escola Superior da Defensoria Pública do

respeito à necessidade de identificação prática e normativa do equilíbrio entre as partes, para que seja efetivamente observada a garantia constitucional do contraditório. Destituída essa necessidade, focaliza-se um processo de características autoritárias, afastando um possível sistema processual penal democrático. São palavras recorrentes na doutrina pátria, mas que se têm pouca identificação e aplicabilidade na prática jurisdicional, demonstrando reduzido interesse, inclusive legislativo, sobre essa realidade.

A identificação resulta fácil se analisarmos algumas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema referente à investigação direta do Ministério Público. Sabemos que ainda não houve exaurimento do julgamento perante a Corte Maior, mas já se identifica um direcionamento a essa possibilidade². Por outro lado, pouco ou quase nada se discute na jurisprudência brasileira sobre a possibilidade de investigação direta realizada pela defesa pública ou privada.

Por questão metodológica e para o direcionamento do tema em análise, torna-se interessante uma singela abordagem sobre o poder de investigação do Ministério Público. Aqui não defenderemos nem criticaremos essa prática, deixando para outra oportunidade esta discussão, mas utilizaremos o julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 97926/GO, que inicialmente aborda a questão, não havendo conclusão do julgado.

Iniciado o julgamento pela 2ª. Turma do Supremo Tribunal Federal, o relator Ministro Gilmar Mendes, em seu voto proferido em 01 de outubro de 2013, votou para negar provimento ao recurso, entendendo que ao Ministério Público não seria vedado proceder às diligências investigatórias, consoante diversas interpretações que podem ser ilustradas em seu voto que deixaremos de apontar em virtude da ausência de interesse temático.

RJ; Professor convidado da Pós Graduação da UCAM, Defensor Público.

² HC 84.548/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 535.478/SC, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello; RE 593.727/MG, Rel. Min. Cezar Peluso; RHC

Porém, em um ponto determinado do seu voto, indicou a possibilidade das partes realizarem atividade investigativa frisando que **“seria ínsito ao sistema dialético de processo, concebido para o estado democrático de direito, a faculdade de a parte colher, por si própria, elementos de provas hábeis para defesa de seus interesses. Da mesma forma, não poderia ser diferente com relação ao parquet, que teria o poder-dever da defesa da ordem jurídica”**³.

Denota-se interessante o destaque do trecho uma vez que o nosso interesse versa sobre a questão da possibilidade das partes realizarem diligências investigativas, especialmente a defesa.

Por isso, não obstante necessária a passagem por questões relacionadas aos princípios dispositivos, acusatórios e inquisitórios, com o foco na discussão sobre a separação perfeita das funções de cada ator na dinâmica processual penal, este não será nosso tema principal. Não haverá necessidade de restabelecermos a antiga discussão sobre os sistemas, já que por demais discutida pela doutrina⁴. Seguiremos apenas na possibilidade/necessidade de investigação pela defesa, almejando uma maior isonomia entre as partes na atuação processual penal.

Para tanto, buscaremos a análise do tema no direito processual penal italiano⁵, que possui um capítulo próprio em seu código sobre esta prática. E

97.926/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes.

³ Divulgado no informativo 722 do STF.

⁴ Há uma necessidade premente de análise em outro plano, na medida em que a divisão entre modelos acusatório e inquisitório, com a divisão perfeita das funções, não conseguiu responder alguns dilemas processuais, como o exemplo da gestão da prova pelo juiz e sua imparcialidade. Por isso, sempre necessária a discussão e talvez eterna, sendo, no entanto, conveniente avançar para além deste foco. Neste sentido, LOPES Jr, Aury. *(Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório*. In Boletim IBCCRIM. Ano 21, no. 251, out. 2013, p. 5/6.

⁵ A escolha não se mostra aleatória, sabendo que o tema sobre investigação defensiva não é de exclusiva nacionalidade italiana, havendo previsão normativa, por exemplo, no direito americano. Para tanto, imprescindível a leitura de MALAN, Diogo. *Investigação defensiva no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 96, maio-jun., 2012, pp. 279/309. A escolha deveu-se pela influência italiana ao nosso sistema processual penal e, acima de tudo, pela importação de idéias fascista para edição do CPP de 1941 que permanece, absurdamente, em vigor. Por isso, talvez fosse o momento de importação de ideais mais

se buscamos esta análise, desde já afirmamos ser desnecessária a discussão sobre atuação investigativa do Ministério Público, na medida em que na Itália também é normatizada essa possibilidade. Por outras palavras, focaremos apenas em um modelo processual penal do Direito Continental em que há uma ampla abordagem sobre a investigação defensiva, o que torna interessante extrairmos algumas ideias positivas para que tenhamos um direcionamento mais democrático sobre o nosso modelo processual penal.

Esta estrutura processual italiana segue na linha de tendência acusatória [a partir do CPP de 1988] em que gera a atribuição das partes processuais a função inerente ao direito à prova penal⁶ como ponto principal do [direito de defender se provando⁷] em perfeita aderência à previsão constitucional⁸.

Esclarecemos, desde já, que a abordagem sobre o tema diz respeito a algumas reflexões do direito estrangeiro, não sendo viável o seu exaurimento, até porque não seria a nossa pretensão. Por isso, elencaremos algumas discussões, em que poderão(iam) se adequar em nosso ordenamento jurídico.

2 A MUDANÇA DA POSTURA ITALIANA - O JUSTO PROCESSO COMO UM MODELO CONSTITUCIONAL

O Direito Processual Penal italiano possui dois momentos importantíssimos para identificação do sistema processual adotado⁹. Até

democráticos, já que o país em referência conseguiu afastar muitas mazelas autoritárias.

⁶ Destaca-se a imprescindível leitura do texto de VASSALI, Giuliano. *Il diritto alla prova nel Processo Penale*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè. Anno XI, 1968, pp. 03/59.

⁷ Reconhecido como implicação necessária de um dos principais fundamentos do sistema acusatório. Cf. PASTA, Alessandro. *Tra individuo e stato: il diritto di difesa*. In *Processo Penale e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 165.

⁸ GAROFOLI, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*. 2a. ed. Milano> Giuffrè Editore, 2006, p. 188.

⁹ “O processo penal italiano foi objeto de uma brusca transição de sistemas processuais. Partiu-se de um sistema misto de tipo napoleônico para um sistema acusatório “limitado”, com

1988 o Código de Processo Penal (Código Rocco, 1930) possuía uma clara visão autoritária, com um ativismo jurisdicional regulamentado em todas as fases dos procedimentos, ampliando, conseqüentemente, os poderes do juiz para sua atuação oficial, inclusive investigativa. Com isso, as referências normativa e prática significavam a redução sensível à atuação das partes, afastando o grau de importância das mesmas sempre em busca do discurso ilusório sobre a *verdade real*¹⁰.

Com a reforma do Código de Processo em 1988¹¹, ocorreu uma radical alteração da postura de todos os envolvidos na dinâmica processual penal, com a entrada expressa do sistema acusatório, em que há maior valorização das partes e a tentativa de uma necessária divisão das funções¹². Também, a partir da revisão constitucional italiana que introduziu o princípio do justo processo expresso no art. 111 da Constituição¹³. Essa

base em um modelo diferente anglo-saxão". TONINI, Paolo. *Direito de defesa e prova científica: novas tendências do processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 48. 2004, p. 196.

¹⁰ Como se a "verdade" dos fatos não pudesse ser descoberta a partir da contribuição das partes. Na realidade, o sistema acusatório impõe que o resultado do processo é o encontro de funções processuais repartidos entre os sujeitos antagônicos, justamente para ofertar uma maior dialética processual.

¹¹ Considerado "o mais fascista dos códigos". Cf. AMODIO, Enio. *Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo Código de Processo Penal*. Trad. Paulo Zomer. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 7. N. 25, jan./mar. 1999, p. 16

¹² A expressão "tentativa" ocorre justamente porque, na prática, essa divisão não é tão bem identificada, uma vez que a instituição Ministério Público não possui independência à magistratura. Na Itália, os membros do MP integram a Magistratura, ocorrendo um nefasto vínculo entre ambos que pode, além de ferir a imparcialidade do julgador, reduzir a possibilidade de equidade entre a parte acusadora e defensiva.

¹³ Art. 111 da Const. *La giurisdizione si atua mediante il giusto processo regolato dalla legge.*

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sai, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico, disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzi di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottoposto all'interrogatorio da parte

tendência acusatória¹⁴ é identificada por vários apontamentos de realce às partes no sistema processual, tentando afastar o juiz como *dominus* da prova e garantindo uma maior aproximação da parte acusadora e defensiva na análise da formação da prova¹⁵. Em especial e oportuno, garantindo um novo papel ao defensor em contribuir, em termos de paridade de armas com a acusação, propondo elementos de prova de forma ativa em benefício do seu defendente.

2.1 A REAL MUDANÇA DE POSTURA – UM CONTRADITÓRIO *IN SENSO FORTE*

O traço importante desta mudança, portanto, foi afastar as partes como atores figurantes ou coadjuvantes da discussão processual, para entregá-las uma função mais ativa, a partir, principalmente, da formação do “direito à prova” como consectário direto de uma visão mais funcional ligada às partes em relação ao modelo anterior¹⁶.

Neste contexto, um dos pontos de maior realce ao encontro de um processo de partes, figura simbolicamente na atuação da defesa investigativa em que seu papel ativo e dinâmico reserva, necessariamente, maior e qualificado empenho na sua atuação, atribuindo a ampliação da responsabilidade do defensor¹⁷ (não mais como mero contribuinte das consequências da produção probatória), mas sim assegurando condições necessárias para preparar a defesa da pessoa acusada¹⁸.

dell'imputato o del suo difensore (...) (grifamos pela pertinência).

¹⁴ TRIGGIANI, Nicola. *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*. In *Archivio della Nuova Procedura Penale*. n. 1, gennaio/febbraio, 2011, p. 01.

¹⁵ A iniciativa instrutória é de função das partes, seguindo os poderes de intervenção de ofício pelo juiz, como exceção. Porém, na visão de Franco Cordero, compõem um resíduo necessário, sendo indisponível à matéria penal. Ver CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 9ª. ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 604.

¹⁶ Por isso, o contraditório em *senso forte*. Cf. CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Carlotta Conti e Paolo Tonini (org.). Milano: Giuffrè, 2012, p. 35.

¹⁷ TRIGGIANI. *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*. p. 01.

¹⁸ CAPRIOLI, Francesco. *Indagini preliminari e udienza preliminare*. In *Compendio di Procedura Penale*. Giovanni Conso, Vittorio Grevi e Marta Bargis (org.). 6ª. ed. Padova: Cedam, 2012, p. 582.

Esta contribuição probatória traduz um modelo em que a forma demonstrativa da prova não mais ficará na mão exclusiva do juiz, mas sim um atuar probatório¹⁹ e argumentativo das partes como ato essencial ao processo e não meramente accidental²⁰.

Na realidade, o que se indica é a presença do princípio do contraditório não apenas como simples presença das partes na discussão processual, podendo postular por provas e impugnar eventuais decisões judiciais. Pretende-se uma análise maior a este contexto constitucional que garante uma maior intervenção argumentativa das partes, como verdadeira carga processual. Como prescreve o artigo 111, n. 4, da Constituição Italiana, o contraditório deve ser visto como *método de conhecimento*²¹ e regra de formação da prova penal²².

Construiu-se, portanto, um código de visão acusatória, indicando que tanto a acusação quanto a defesa teriam um maior relevo processual para além da imputação e resistência, criando uma aproximação interessante de índole mais dialogal, próximo ao esquema acusatório com raízes no modelo da *common law*²³, em que constitui o direito das partes de contribuir na formação dos elementos que são utilizados pelo juiz para decidir a causa penal.

Mas, houve uma reação direta da magistratura em que começou a observar a perda de “pseudo-poder” dos juízes na direção da prova, deixando para a acusação e, em alguns pontos à defesa, essa responsabilidade.

A cultura inquisitória é parcialmente restabelecida pela Corte Constitucional Italiana, que parte de um inédito “*princípio da não dispersão*”

¹⁹ O art. 190, *comma* 1, CPP italiano consagra o princípio dispositivo em matéria probatória.

²⁰ Ver ORLANDI, Renzo. *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè. Anno XLI, fasc. 2, Aprile-giugno, 1998, pp. 452/508.

²¹ TONINI. *Diritto de defesa e prova científica*, p. 202.

²² Cf. CONTI. *Il diritto delle prove penali*, p. 36.

²³ SAGNOTTI, Simona Carlotta. *Il contraddittorio: una riflessione filosofico-giuridica*. In

da prova”, retornando à ampliação de poderes instrutórios realizados pelo juiz, “educados numa cultura que faz do juiz penal o dominus da prova”²⁴, restabelecendo o discurso da busca da verdade como fator preponderante ao processo penal.

No entanto, inegavelmente a defesa sai da sua postura inerte em relação à produção da prova²⁵ e adentra a possibilidade ativa de busca de fontes de prova e postulação em benefício do imputado.

A análise da possibilidade investigativa diz respeito à necessidade de colocar a defesa em seu devido lugar²⁶, não sendo possível o reconhecimento reduzido no trâmite processual objetivando um processo justo em que a Constituição Italiana assim propôs, indicando a defesa como direito inviolável em cada grau do procedimento (art. 24, n.2), estabelecendo o desenvolvimento do processo pelo contraditório entre as partes em condições de paridade, perante um juiz imparcial (art. 111, n. 2).

Por isso, o alicerce da discussão diz respeito ao objetivo do legislador italiano em ampliar as garantias e direitos dos investigados e acusados, realçando alguns fundamentais princípios constitucionais, tais como: o direito de defesa, direito à prova, contraditório e o *favor libertatis*.

A advertência quanto à mudança da cultura processual penal italiana indica a necessidade de garantir uma ampliação na atuação das partes, trazendo a possibilidade do afastamento do julgador como uma figura “onipotente”, sem que haja uma divisão de responsabilidade entre todos os envolvidos. A formação da prova, portanto, estará afeta às partes e, excepcionalmente, ao juiz, criando reais responsabilidades a cada ator

Processo Penale e Costituzione. Milano: Giuffrè, 2010, p. 342.

²⁴ AMODIO. *Vitórias e derrotas da cultura dos juristas*. p. 18

²⁵ Deve-se entender que até a reforma de 1988, não havia contraditório direto em relação às provas, ainda que orais. Havia a introdução das mesmas de ofício pelo juiz de instrução, cabendo às partes, na fase de debates, realizar um contraditório diferido. Ocorria indistintamente e como regra uma produção antecipada de provas, com poucas intervenções das partes, principalmente defensiva.

²⁶ Não se pode esquecer que no direito italiano, não há qualquer discussão quanto à investigação por parte do Ministério Público.

processual.

Por isso, o reconhecimento do sistema acusatório “forte” (para afastar a vertente ilusória “puro”), dar-se-á com a ingerência da defesa em atuar mais ativamente na possibilidade de contribuir com a investigação, com indicação na própria Constituição, do contraditório como princípio formador da prova²⁷. Ou seja, a introdução da possibilidade investigativa da defesa no processo penal italiano indica, efetivamente, a valorização e ampliação de um sistema democrático em que se torna necessária a simbolização com rupturas autoritárias.

O interessante nesta linha de reflexão, é que a simples divisão de funções, a discussão quanto à gestão da prova pelo juiz ou sua atuação mais ativa no processo penal (por exemplo, decretando prisões de ofício), por si só, não garante a efetividade de um sistema democrático. Precisamos de mais: e talvez, a necessidade de tentar criar um processo de partes, com reais valores de equidade, levará a uma forma mais coerente com os modelos constitucionais (Italiano e brasileiro).

2.2 DIREITO À PROVA COMO DIREITO DE SE DEFENDER PROVANDO

A previsão normativa da atuação investigativa da defesa reserva, ainda que simbolicamente, a garantia da efetividade do direito à prova, oriundo de um processo dialético em que as partes possuirão, efetivamente, maior força probatória e argumentativa.

Na realidade, a discussão tem seu início nas questões epistemológicas do processo penal em confronto com as Convenções Internacionais que protegem direitos humanos²⁸. A partir daí ratifica-se que

²⁷ “*Quanto maior é o contraditório, tanto melhor poderá ser acertada a verdade*” TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. 12^a. ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 09. (tradução nossa)

²⁸ O dispositivo em alusão apenas ratificou a força normativa do art. 6º., n. 3, b, da Convenção Européia de Direitos do Homem quanto ao “direito à prova”, em que reserva às partes na dinâmica processual o direito de provar todas suas alegações, dando realce ao exercício da ampla e concreta defesa em exercer o direito de defender-se provando, como corolário do artigo 24, *comma* 2, da Constituição Italiana.

a questão probatória não mais deve ser vista como mero interesse das partes na demonstração dos fatos em seu benefício, mas sim como verdadeiro direito²⁹, consagrado no artigo 190, CPP italiano³⁰.

A partir desta atribuição normativa, o código de processo penal italiano garante ao acusado o exercício de defender-se materialmente provando atos e realizando contra-argumentos à pretensão acusatória³¹. O que há de novo é a mudança de postura defensiva, que não obstante vigilante, atenta e eficiente, mas, de regra, passiva à atuação da acusação e do juiz - “*difesa disposizione*” -, para uma “*difesa di movimento*”³², em que há um papel ativo na busca de melhores resultados defensivos e de contribuição efetiva na construção do conjunto probatório³³ e, conseqüentemente, na formação do convencimento do julgador

Deve-se apontar, ainda, que o estabelecimento normativo traça uma função típica³⁴ da defesa (de realização investigativa) o que, no entanto, ainda reserva certo obstáculo cultural de realização prática³⁵.

Com a indicação de um processo com natureza acusatória e a garantia de exercício pleno do direito de se defender provando, afasta-se a característica passiva da defesa, reservando a mesma atos de desenvolvimento das suas próprias indagações paralelamente à atuação da

²⁹ CRISTIANI, Antonio. *Guida alle Indagini Difensive nel Processo Penale*. G. Giappichelli Editore: Torino, 2001, p. 13

³⁰ Neste dispositivo há uma tentativa de garantir a característica do processo de parte, em que o direito à prova indica que as partes que introduzirão as provas na discussão processual. Excepcionalmente, e quando a lei estabelecer, será possível a produção de provas de ofício pelo juiz (art. 190, § 2º., CPP italiano).

³¹ Antes das reformas infraconstitucionais, “o direito de defesa era garantido de forma atenuado: tratava-se de um contraditório a respeito de uma prova que em grande parte havia sido formada na fase de instrução por iniciativa do juiz instrutor.” TONINI. *Direito de defesa e prova científica*. p. 198.

³² TRIGGIANI. *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*. p. 01.

³³ O direito de defesa se traduz na “participação da formação da prova”. TONINI, Paolo. *Direito de defesa e prova científica: novas tendências do processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 48. 2004, p. 195.

³⁴ CRISTIANI. *Guida alle Indagini Difensive nel Processo Penale*. p. 26.

³⁵ Há referência à forte resistência de alguns setores da magistratura sobre a alteração legislativa, preocupados em atribuir ao defensor à possibilidade investigativa o que resultaria uma queda do monopólio investigativo por parte do Ministério Público. Cf. TRIGGIANI. *Le*

polícia e do Ministério Público, objetivando um contracenno da paridade de direitos e poderes entre a acusação e a defesa no campo da produção de provas, pelas características próprias do sistema acusatório³⁶. Pretende-se, portanto, ilustrar uma tentativa de maior isonomia entre as partes no diálogo processual, criando um dever ao juiz sobre o mesmo critério de pertinência e relevância da prova e sua valoração.

Deve ser ressaltado, no entanto, que a questão em referência não se torna à identificação da atuação do próprio acusado, ou seja, o exercício de atos de investigação defensiva (defender-se provando), não obstante resguardar a garantia da ampla defesa reservou apenas ao defensor essa possibilidade.

Não há qualquer proibição legal em que a parte privada realize atos lícitos extra-penais para apuração de um fato. Mas a garantia em questão diz respeito à identificação normativa e prática em que o defensor possa, na tentativa de igualar à força acusatória, realizar atos consubstanciados na lei.

Porém, apenas no ano 2000, com a edição da Lei 397 a investigação defensiva sai do plano abstrato para figurar como regra processual penal.

3 POSSIBILIDADE INVESTIGATIVA PELO DEFENSOR NO CPP ITALIANO

A Lei n. 397 de 07 de dezembro de 2000³⁷ alterou³⁸ significativamente o Livro V do Código de Processo Penal Italiano que versa sobre as *Indagini*

investigazioni della difesa tra mito e realtà. p. 04.

³⁶ VASSALI. *Il diritto alla prova nel Processo Penale*. p. 6.

³⁷ *Legge sulle indagini difensive*.

³⁸ Na realidade, não é uma real novidade no panorama legislativo italiano. O art. 38 do CPP anterior já autorizava ao “*indagato*” adquirir elementos de prova através da sua própria iniciativa. Cf. ANGELETTI, Rizziero. *La costruzione e la valutazione della prova penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 184. Mas, há quem indique que este dispositivo era lacunoso e genérico, deixando de identificar a efetiva atuação da defesa na investigação. cf. TRIGGIANI. *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*. p. 02. Até porque deixava de responder algumas importantes indagações: “*a atividade investigativa deveria ser documentada, de qual forma? Existia um dever de colaboração dos sujeitos contatados pelo defensor?(...)*” CAPRIOLI. *Indagini preliminari e udienza preliminare*. p. 581.

Preliminarari e Udienza Preliminare, fazendo incluir o art. 327bis³⁹, que dispõe sobre a possibilidade da atividade investigativa do defensor em prol do defendente, no momento das apurações preliminares e na referida audiência objetivando a análise sobre a admissibilidade das informações que pautarão a pretensão acusatória.

A atividade investigativa do defensor não permanece exclusiva na fase preliminar. O art. 327bis, CPP italiano, autoriza a direito⁴⁰ do defensor em desenvolver a investigação para buscar e individualizar elementos de prova em todo o estado e grau do procedimento, na execução penal e promover a instância revisional a partir de um decreto condenatório. Ou seja, cria uma clara individualização sobre os sujeitos, o objeto e a finalidade da investigação defensiva em toda a situação processual penal.

Deve-se apontar, no entanto, que há autorização da possibilidade de investigação defensiva preventiva, mesmo antes do registro da notícia de um crime, ditada pelas referências previstas no art. 335, CPP italiano⁴¹, seguindo a linha de proteção da dignidade da pessoa humana⁴², na medida em que poderão ocorrer prejuízos irremediáveis pelo simples fato de figurar como sujeito passivo de uma ação penal⁴³.

Por óbvio, o limite da investigação defensiva estará afeto aos atos

³⁹ Art. 327bis, CPP. *Attività Investigativa del Difensore – 1. Fin dal momento dell’incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VIbis del presente libro.*

2. La facoltà indicata al comma 1 può essere attribuita per l’esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell’esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione.

3. Le attività previste dal comma 1 possono essere svolte, su incarico del difensore, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche, da consulenti tecnici.

⁴⁰ Verdadeiro direito do defensor em individualizar os elementos de prova em favor do defendente em todos os graus do procedimento penal, inclusive em procedimento executório e revisional. Ver CERQUA, Federico e MATTEO, Pellacani. *Quale qualifica per il difensore-investigatore*. In *Archivio della Nuova Procedura Penale*. n. 5, 2007, p. 610.

⁴¹ Equivalente ao nosso indiciamento.

⁴² Cf. Corte di Cassazione., sez IV, 14 ottobre 2005, n. 46270.

⁴³ TONINI. *Manuale di Procedura Penale*. p.588.

lícitos e aqueles que precisam de autorização judicial⁴⁴.

Esta introdução normativa pretendeu garantir na prática um dos fundamentos principais do princípio do justo processo – como norma de atuação -, que é definido pela paridade entre a acusação e a defesa no trâmite processual, bem como pelo direito a um processo equilibrado⁴⁵ previsto no art. 6º., alínea c, 2 letra d da Convenção Européia de Direitos do Homem.

O dispositivo em questão fez incluir concretamente poderes investigativos pela defesa, com os tradicionais instrumentos utilizados pela acusação⁴⁶, criando ao defensor a faculdade de desenvolver indagações defensivas em prol do acusado, na busca de fontes de prova orais e reais.

Assim, a investigação defensiva figura como norma coerente ao exercício do direito de defesa e, em particular, à procura e individualização das fontes de prova em favor do próprio investigado ou acusado. Resulta, portanto, que a reforma processual garantiu a todas as partes privadas⁴⁷ a possibilidade de maior atuação investigativa, não mais permanecendo o Ministério Público e a polícia com esta exclusividade.

Ressalta-se, no entanto, que o defensor não está munido de poderes

⁴⁴ Neste ponto, de fato, há o afastamento normativo da efetiva equiparação entre as partes, possuindo o Ministério Público uma posição de vantagem sobre o plano dos instrumentos investigativos, sendo dotados de poderes coercitivos sobre as pessoas e coisas, uma vez que age no exercício de um poder de tutela de interesse coletivo. Cf. TRIGGIANI. *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*. p. 09. Basta pensar que as inspeções pessoais, as interceptações de comunicações ou de correspondência continuam a permanecer na exclusiva esfera do Ministério Público. Ver DEDDA, Enrico Di. *Le investigazioni difensive: soggetti attivi, limiti taciti e patologie processuali (vere o presunte)* In Archivio della nuova procedura penale. n. 1, gennaio, 2004, p. 99. Há ainda limitação cronológica quando se versa sobre a atividade investigativa preventiva, conforme preceitua o art. 391 *nonies*, CPP italiano.

⁴⁵ PASTA, Alessandro. *Dall'epistème alla critica : il diritto alla prova dell'acusato*. In In Processo Penale e Costituzione. Milano: Giuffrè, 2010, p. 401.

⁴⁶ Antes da alteração legislativa, a discussão permanecia na exclusiva atuação investigativa do Ministério Público, inclusive sendo reconhecida pela jurisprudência obtusa referência de que as investigações defensivas deveriam ser “canalizadas” na função do órgão acusador. Ver Cass. pen., Sez. feriale, 18 de agosto de 1992, In Cassazione penale, 1993, n. 1402, p. 2306. Tal fato ainda é visto em outro país europeu. Em Portugal, caso o investigado entenda necessário qualquer diligência, deve requerer ao Ministério Público e não ao juiz a sua realização. (Acórdão do TC no. 395/2004).

⁴⁷ Aqui a análise deve ser ampla, ou seja, não apenas em favor do defendente. Na realidade, a

coercitivos, figurando no curso da investigação como uma verdadeira atividade privada⁴⁸.

Para além das questões práticas, em que a defesa não deriva em dependência de outro ator processual (o juiz, por exemplo), para realização de atos em busca de apuração de fatos⁴⁹, a inserção da referida norma entre as funções do Ministério Público e do juiz na fase investigativa, garantiu simbolicamente o papel de verdadeiro protagonista à defesa na apuração dos fatos, não reservando à mesma a referência exclusiva de resistência após a pretensão acusatória deduzida em juízo, mas sim um novo papel, caracterizado com atributos ativos na busca das fontes de prova⁵⁰.

3.1 REFERÊNCIA AO DEFENSOR – QUESTÕES DEONTOLÓGICAS

A referência aos *difensori* traz uma importante alusão deontológica, na medida em que a atuação da investigação defensiva não estará a cargo do indiciado (*indagato*) ou acusado (*imputato*), mas sim do defensor técnico⁵¹. Esta análise é deveras importante para indicar a responsabilidade funcional que o defensor possuirá na atuação investigativa. Será ele o *dominus* da investigação defensiva, com a atração dos ônus e responsabilidades referente a mesma.

A discussão ganha espaço quando se indaga se o defensor possui um dever de *lealdade processual* ao ponto de buscar a "verdade" sobre os

investigação defensiva garante ao defensor deste e também do ofendido e das outras partes.

⁴⁸ TONINI. *Manuale di Procedura Penale*. p. 601.

⁴⁹ Pensemos na real possibilidade da defesa concretizar ato de apuração através de investigação privada e consultores técnicos com responsabilidades por sua atuação profissional.

⁵⁰ A previsão normativa fez incluir um dado empírico: desde o ano da edição da *legge sulle indagine difensive* resulta cada vez mais frequente a atuação investigativa pela defesa, principalmente pelos advogados mais jovens, conforme dados indicados por TRIGGIANI. *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*. p. 07.

⁵¹ Observa-se, por questões normativas e por fatores deontológicos em que se pode criar limitações éticas com preceitos sancionatórios. A taxatividade dos titulares dos poderes investigativos, em particular, na hipótese de investigação defensiva, caberá apenas ao defensor constituído, não sendo possível a atuação direta da auto defesa.

fatos na situação processual, ou mesmo se a possibilidade defensiva estaria, ao contrário da acusação pública, com o dever de persecução com interesse exclusivamente público.

O dever do defensor é garantir a melhor defesa ao acusado⁵². Essa é uma imposição constitucional⁵³ e internacional. Por isso, sua função não é o esclarecimento de todos os fatos⁵⁴, mas sim a busca de fontes e elementos de prova para o benefício do seu defendente. Isso sugere que não estará obrigado a introduzir ao processo dados prejudiciais à defesa e, principalmente, noticiar a existência de crimes que tome conhecimento durante a investigação defensiva, conforme ressalta expressamente o artigo 334- bis, CPP.

Não se pode esquecer que o defensor está em franca atuação de resistência à acusação em um processo dialético. Por isso, o direito à prova defensiva não se refere a uma contribuição ampla que venha a prejudicar os interesses do acusado, como esboça o artigo 327- bis, CPP, mas sim emerge a investigação defensiva como atividade “necessariamente unidirecional”⁵⁵, possuindo uma finalidade privada, com busca a auxiliar na defesa do mesmo⁵⁶.

Esta referência indica uma prática e normativa diferença entre a acusação pública e o defensor, na medida em que será possível a este

⁵² Por isso, a realização da investigação defensiva quando necessária, é afastada da sua natureza de faculdade (pois aqui seria da defesa) e se transforma em um dever de exercício profissional para a realização da plena defesa. Há na realidade, um dever pelo defensor de valorar a necessidade de investigação e, caso positivo, sua realização se denota como uma obrigação funcional, ainda que haja uma relação contratual privada.

⁵³ Na Constituição Italiana, os artigos 24, *comma* 2 e art. 111, ditam essa regra.

⁵⁴ TONINI. *Manuale di Procedura Penale*. p.586.

⁵⁵ TRIGGIANI. *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*. p. 08.

⁵⁶ Por isso, como ilustra Saponaro (“O defensor se limita a procurar e apresentar elementos probatórios a favor do próprio assistido e tal atividade de busca se explica através de múltiplas possibilidades operativas que, ao menos sobre seu papel, parecem conferir amplos poderes também de defesa: a assunção de informações, a procura de documentação à administração pública, o acesso aos lugares, a possibilidade - em alguns casos - de executar individualizações, confrontos e outros atos de indagações atípicas” SAPONARO, Luisa. *La ricerca della prova nelle indagini difensive*. In *La Prova Penale*. Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale. Vol. II. Alfredo Gaito (org.) Torino: Utet Giuridica, 2008,

realizar um colóquio informal com eventual testemunha⁵⁷, analisando a utilização dos resultados investigativos para a produção dos efeitos em âmbito processual. Ou seja, em decorrência da permanência da sua atividade investigativa em busca de benefícios ao seu defendente, poderá o defensor deixar de utilizar as fontes de prova não documentadas.

Por outro lado, pela característica exclusivamente pública do Ministério Público, não exercendo um interesse exclusivamente contra o investigado ou acusado, aquele não poderá deixar de introduzir elementos investigativos inclusive em benefício destes⁵⁸, como prescreve o artigo 358, CPP italiano⁵⁹. Neste caso, não havendo alternativa, há imposição institucional e legal ao Ministério Público a ampliação da produção probatória, ainda que fosse em prol do acusado⁶⁰.

Mas, o limite de atuação defensiva figura na legalidade e legitimidade da prova, não podendo introduzir no processo as provas falsas, bem como perder ou escondê-las, sob pena de responder pelo crime de favorecimento pessoal, previsto no artigo 378, CP italiano⁶¹, ou mesmo falsidade ideológica (art. 481, CP italiano) caso haja introdução de atos investigativos documentados de forma incompleta ou não fiel às declarações prestadas⁶². Neste ponto, pode-se afirmar que uma das questões de extrema importância é a caracterização jurisprudencial da investigação defensiva

p. 176.

⁵⁷ Deve-se apontar que se a pessoa que prestará informações ao defensor ou ao seu substituto realizar declarações auto-incriminatória, aquele que realiza a oitiva deve interrompê-la. Por óbvio, essas declarações não poderão ser utilizadas para prejudicar a pessoa que as prestou, na medida em que afastaria da mesma a possibilidade do exercício da garantia do *nemo tenetur se detegere*.

⁵⁸ Ver CERQUA e MATTEO. *Quale qualifica per il difensore-investigatore*. p. 610.

⁵⁹ “O ministério público executa toda atividade necessária aos fins indicados no artigo 326 e também realiza investigação sobre fatos e circunstâncias a favor da pessoa sob investigação” (tradução livre)

⁶⁰ “O ministério público se configura durante as investigações como uma parte “potencial”, que na sua caracterização “pública” tem uma obrigação de lealdade processual”. TONINI. *Manuale di Procedura Penale*. p.587.

⁶¹ Com referência ao art. 14, I del Codice deontologico forense. Ver TONINI. *Direito de defesa e prova científica*. p. 207.

⁶² Cass. pen., Sez. un. 27 giugno 2006. Ainda, TRIGGIANI. *Le investigazioni della difesa tra*

como um serviço privado de necessidade pública⁶³.

Focado na discussão da lealdade processual, deve-se refletir de forma diversa a ontologia das atividades, com aporte na estrutura constitucional. O que se fez na prática foi inserir uma verdadeira simbiose entre os preceitos processuais penais e os deveres éticos dos advogados, com rigorosa observância das normas deontológicas profissionais, com a criação de *Regole di comportamento del penalista nelle investigazioi difensive*⁶⁴.

Nesta linha, a Lei que introduziu o capítulo ao Código de Processo Penal não pode ser vista de forma isolada, mas sim com todas as previsões regulamentares do Código Deontológico, que destaca uma detalhada disciplina sobre o desenvolvimento da investigação defensiva. Com isso, qualquer violação às normas que regulamentam a investigação defensiva poderá gerar sanções disciplinares, para além dos ilícitos penais.

3.2 OBJETO PROBATÓRIO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Pela análise da norma genérica que se refere à investigação defensiva (art. 327 *bis*, CPP), indicando que o defensor poderá procurar ou individualizar “*elementi di prova*” gera a interpretação aberta do que constitui o objeto⁶⁵ de investigação defensiva e os limites objetivos do conteúdo do fato a ser provado⁶⁶.

Através destes aportes, indica-se que toda atividade defensiva e os resultados probatórios devem ser documentados, salvo algumas atividades meramente “explorativa” do conteúdo probatório, que possui uma função de

mito e realtà. p. 09.

⁶³ Cf. CERQUA e MATTEO. *Quale qualifica per il difensore-investigatore*. p. 609.

⁶⁴ Consubstanciado no *Codice Deontologico* aprovado no *Consiglio Nazionale Forense* em 17 de abril de 1997 e modificado sobre o tema em 26 de outubro de 2002. Por fim, as *Sezioni Unite da Corte di Cassazione*, de 27.6-28.9.2006, esclareceram os limites para a atividade lícita do advogado.

⁶⁵ Não podendo ser confundido com objeto da prova previsto no art 187, CPP italiano em que estabelece como objeto da prova os fatos que se referem a imputação, a punibilidade e a determinação da pena ou medida de segurança.

uso interno para ofício defensivo⁶⁷. Ou seja, poderá o defensor analisar informalmente a fonte de prova e perquirir se há interesse ao acusado. Caso não haja, descarta-se a introdução da prova, tornando-a, portanto, irrelevante, não havendo obrigação de apresentar ao ministério público ou ao juiz o conteúdo adquirido pelo defensor em sua investigação privada⁶⁸.

Por outro lado, havendo interesse, e se o defensor decidir pela obtenção de eventual declaração, deverá documentá-la na sua integralidade. Pode-se apontar, portanto, que “a atividade de verbalização pelo defensor é uma faculdade mas, caso ele decida utilizá-la, isto não lhe consente de manipular as informações recebidas ou de omitir as circunstâncias eventualmente contrárias ao interesse do assistido”⁶⁹.

3.3 NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO DAS ENTREVISTAS REALIZADAS COM AS TESTEMUNHAS

A necessidade de documentação da atividade investigativa da defesa está disciplinada no art. 391, CPP, podendo ser utilizado para contestação e leitura pelas partes.

A prova produzida será debatida no trâmite processual, portanto, sua utilização dar-se-á em todos os momentos processuais, desde a investigação preliminar, as alegações finais, a impugnação recursal e possível juízo revisório.

A atividade defensiva que objetiva a aquisição de fontes de prova declaradas pode figurar em três momentos individuais e que, eventualmente, poderão se mostrar concomitantes. 1) um colóquio não documentado; 2) a busca de uma declaração escrita; 3) a assunção de informações para documentar.

⁶⁶ CRISTIANI. *Guida alle Indagini Difensive nel Processo Penale*. 43.

⁶⁷ SAPONARO. *La ricerca della prova nelle indagini difensive*. p. 176.

⁶⁸ CAPRIOLI. *Indagini preliminari e udienza preliminare*. p. 595.

⁶⁹ *A obrigação de plenitude lhe é imposto não apenas pelo Código de rito, mas também pelas normas deontológicas do Consiglio Nazionale Forense e dell'Unione delle Camere penali italiane*. TRIGGIANI, *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*. p. 08 (tradução livre)

Dispõe o art. 391- *bis* , § 1o., CPP que o colóquio não documentado é a primeira modalidade de audiência prevista que, através desta atividade, é conferido ao defensor a possibilidade informal do colóquio com pessoas que possuem informações sobre os fatos, sem que haja necessidade de transcrevê-lo, representando uma garantia pelo defensor de averiguação das informações a serem obtidas e a viabilidade de inserção na dinâmica processual.

Esta primeira modalidade investigativa da defesa pode ser considerada como referência introdutória à relevância probatória, possuindo uma função meramente de conhecimento da prova.

Não é alternativa às outras modalidades de assunção das informações, mas é geralmente o antecedente cronológico do mesmo: se do colóquio emergem elementos que podem julgar-se útil para a atividade de investigação em objeto, o defensor pode pedir a pessoa examinada de passar uma declaração escrita ou de transmitir informações verbalmente.⁷⁰

Pode acontecer, no entanto, que não haja documentação das eventuais declarações realizadas no colóquio informal. Caso isso ocorra, a defesa usará apenas como atividade interna, não ocorrendo função endoprocessual deste ato.

Em havendo alusão à importância das informações, poderá ocorrer a documentação das declarações pelo próprio declarante, autenticada pelo defensor ou seu substituto. Caso ocorra a documentação das declarações obtidas pela defesa, e, por óbvio, tornaram interessante para a atividade defensiva, assumirão real valor probatório, fazendo parte da discussão processual (art. 391-*bis*, § 2o., CPP).

Ainda, será possível a *assunzione di informazioni*⁷¹ em que haverá um colóquio documentado fundado sobre as perguntas realizadas pelo

⁷⁰ SAPONARO. *La ricerca della prova nelle indagini difensive*. p. 177.

⁷¹ Expressão de difícil tradução para nosso ordenamento jurídico, devendo ser reconhecido como obtenção de informações.

defensor, seu substituto ou investigador privado⁷².

3.4 PEDIDO DE DOCUMENTOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Além da oitiva de testemunhas, poderá o defensor realizar outras diligências para obter elementos necessários à investigação. O procedimento destas diligências está tipificada no Código de Processo Penal objetivando a garantia da efetividade investigativa.

Neste sentido, o defensor poderá pedir documentos em posse da administração pública para obter cópias. Como determinação legal, o setor responsável pelos documentos ou que lá estejam retidos tem a obrigação de fornecê-los ao defensor. Não se trata de discricionariedade administrativa, mas sim dever. Caso não haja exibição do documento, poderá ser realizado procedimento de “*richiesta di sequestro*”⁷³, conforme estabelece o artigo 391 *quater*, CPP.

Outra diligência tipificada diz respeito o acesso aos lugares e documentação (art. 391 *sexies*, CPP) quando o defensor entender necessário visualizar os lugares ou instrumentos pertinentes ao crime investigado, documentando o estado do ambiente e das coisas, procurando que nada seja mudado, disperso ou alterado⁷⁴.

Quando o lugar possuir acesso público, não há qualquer obstáculo a ser enfrentado pelo defensor. Porém, pode ocorrer do lugar ser privado ou não aberto ao público. Neste caso, caso não haja consenso de quem possua a disponibilidade do lugar, deverá o juiz autorizar o acesso através de decisão motivada, especificando o objetivo concreto da diligência. (art. 391, *septies*, CPP).

⁷² A investigação defensiva pode ser realizada diretamente pelo defensor. Porém, por questão prática já que seria difícil a realização de todos os atos por este, o legislador foi coerente em autorizar a investigação defensiva por *substituto*, por *investigador privado autorizado* e por *consultor técnico*. (art. 327, *bis*, *comma* 3, CPP). Questões que não adentraremos pela limitação da abordagem.

⁷³ Uma verdadeira busca e apreensão realizada para a obtenção dos documentos requisitados pela defesa.

⁷⁴ Art. 52, I, n. 13, do *Codice deontologico forense*.

Não será consentido o ingresso aos lugares destinados à habitação, salvo se for necessário averiguar os vestígios materiais deixados pelo crime⁷⁵ (art. 391, *septies*, n. 3, CPP).

4 VALOR PROBATÓRIO DA ATIVIDADE INVESTIGATIVA DEFENSIVA

A partir da introdução da prova originada pela investigação defensiva, não mais há que se diferenciar entre prova da acusação e da defesa, ou seja, há real diferença entre a atividade investigativa da acusação e da defesa como já exposto e, principalmente, pela separação de preceitos institucionais entre ambos. Porém, quando a prova (formada através do contraditório, a partir dos elementos investigativos) restar introduzida na discussão processual, deve-se à unidade do processo e comunhão dos elementos probatórios um único valor. Por isso, as informações obtidas pelas testemunhas (documentadas pela acusação ou defesa) terão a mesma validade para os fins probatórios e processuais, não sendo mais possível a distinção dos atos realizados pelas partes.

Neste sentido, o material fruto da *indagine difensiva* terá a idêntica natureza do material introduzido pela acusação ou pela polícia, não sendo crível ao julgador fazer qualquer distinção objetiva e subjetiva entre esses materiais no momento de formação da sua convicção⁷⁶.

A legitimidade da prova defensiva e, principalmente, seu valor quanto à produção de seus efeitos ocorre porque a formalização da atividade investigativa do defensor possui natureza de atividade processual *strito*

⁷⁵ Por exemplo, manchas de sangue, etc.

⁷⁶ CERQUA e MATTEO. *Quale qualifica per il difensore-investigatore*. p. 612. No entanto, transcende qualquer país a pré-concepção negativa em relação aos elementos defensivos, seja em âmbito investigativo, seja em relação à postura do juiz para com as partes no debate processual. Interessante pesquisa realizada por Schünemann indica, para além da permanência da postura inquisitório do julgador nos Tribunais alemães, a observância de como este vê não no defensor, mas apenas no promotor, a pessoa relevante que lhe serve de padrão de orientação. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. Trad. Luís Greco. In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Luís Greco (coord.). Madri: Marcial Pons, 2013, p. 217.

*sensu*⁷⁷, ou seja, não mais como uma forçada prova documental em que havia pré-concepções negativas à sua valoração, mas sim como ato devidamente regulamentado e, a partir da sua admissibilidade perante a situação processual (independentemente do seu momento⁷⁸), possuirá o mesmo valor, não havendo distinção entre as provas na fase da instrutória⁷⁹.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: O GRAU DE ABRANGÊNCIA DA DEFESA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL, A PARTIR DO DIREITO COMPARADO

Um dos pontos de maior discussão na doutrina brasileira é a caracterização do nosso sistema processual penal. A grande maioria indica ser o acusatório⁸⁰ pelas previsões constitucionais⁸¹ do juiz natural (art. 5º., LIII) e o monopólio da ação penal pública reservada ao Ministério Público (art. 129, I), com a construção da divisão de funções, não mais reservado ao juiz atividade de ofício para o início da ação penal ou mesmo investigação policial⁸².

⁷⁷CAPRIOLI. *Indagini preliminari e udienza preliminare*. p. 592.

⁷⁸No curso das *indagini preliminari* quando o juiz deve adotar uma decisão com intervenção da parte privada, o defensor pode apresentar os elementos de prova a favor do assistido (art. 391 *octies*, CPP, italiano).

⁷⁹CAPRIOLI. *Indagini preliminari e udienza preliminare*. p. 594/595.

⁸⁰Para tanto, imprescindível leitura de PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁸¹Na Constituição Portuguesa, há previsão expressa indicando que o “*processo criminal tem estrutura acusatória*” (art. 32º., n. 5). No entanto, eles ainda trabalham com a busca da verdade real através de extrema atuação oficiosa do juiz na gestão de provas. Ou seja, a alteração legislativa figura como importante aporte na tentativa de modernização do sistema processual. Porém, acreditamos que haja necessidade de alteração da cultura processual penal bem como do manejo doutrina em vivificar estas alterações. No caso brasileiro a crítica resulta parecida na medida em que diversas leis são edificadas e há uma permanência dos atos e seus efeitos como se a alteração normativa se caracterizasse como de menor importância.

⁸²Entendimento correto da 2ª. Turma do STF “*Indiciamento por magistrado - Não cabe ao juiz determinar indiciamento. Com base nessa orientação, a 2ª Turma superou o Enunciado 691 da Súmula do STF para conceder habeas corpus e anular o indiciamento dos pacientes. No caso, diretores e representantes legais de pessoa jurídica teriam sido denunciados pelo Ministério Público em razão da suposta prática do crime previsto no art. 1º, I e II, da Lei 8.137/90. Após o recebimento da denúncia, o magistrado de 1º grau determinara à autoridade policial a efetivação do indiciamento formal dos pacientes. (2ª. Turma - HC 115015/SP, rel. Min. Teori Zavaski, 27.8.2013.)*”

Porém, a mesma doutrina em sua maioria, destaca o procedimento investigativo como atividade administrativa inquisitória⁸³, haja vista a ausência do contraditório e da ampla defesa. Cria-se, por isso, um sistema misto⁸⁴ com clara influência do modelo napoleônico francês.

No entanto, ainda que não haja um sistema acusatório *forte* como elencado na Constituição Italiana, devemos repensar a possibilidade da presença do procedimento investigativo como um momento inquisitório, na medida em que essa caracterização se dissocia da aproximação de um processo que se pretenda democrático⁸⁵. Ou seja, ou optamos por permanecer com um sistema autoritário ainda com sua importação fascista (o nosso CPP com clara influência do Código Rocco Italiano de 1930, alterado significativamente em 1988) ou investimos em um sistema realmente democrático em que cria maior legitimidade aos atos processuais e, em especial, à decisão penal. Essa escolha que toda a sociedade deve fazer com sensibilidade e maturidade deve refletir não apenas na doutrina, mas sim nos poderes judiciário e legislativo, para que a defesa de um sistema acusatório/democrático não permaneça somente como uma defesa retórica em que na teoria transparece uma coisa e na prática outra.

Com isso, há necessidade de reais mudanças de postura no nosso modelo processual penal, a começar pela investigação preliminar em que ainda perdura com uma carga efetivamente autoritária, inclusive com defesas acadêmicas pela sua permanência.

⁸³ Divergindo deste posicionamento, com coerência democrática que lhe peculiar, segue PRADO, Geraldo. *Parecer. As Garantias na Investigação Criminal: O Direito de se Defender Provando*. In Temas de Direito Penal e Processo Penal. Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 705.

⁸⁴ Um verdadeiro monstro jurídico, nascido no acoplamento do processo inquisitivo e do acusatório. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. 8a. ed. Roma: Laterza, 2004, p. 119.

⁸⁵ Com advertência de Cunha Martins “o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só ‘princípio unificador’: a democraticidade; tal como só pode conceber um e um só modelo sistêmico: o *modelo democrático*. Dizer “democrático” é dizer o contrário de “inquisitivo”, é dizer o contrário de “misto” e é dizer mais do que “acusatório”. CUNHA MARTINS, Rui. *O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93.

Vale ressaltar, portanto, que a significativa alteração do modelo italiano⁸⁶ deveu-se ao desenvolvimento de visibilidade das partes na discussão processual penal. O processo de partes, destituindo o juiz como uma figura *onipotente*, garantiu maior relevo à dialética na construção de um processo justo, com atuação mais ativa à formação da prova e da decisão penal. Acreditamos que é disso que o nosso sistema processual precisa, a começar pela investigação preliminar.

O afastamento da caracterização da investigação como procedimento inquisitório é o primeiro passo⁸⁷. A participação das partes⁸⁸, inclusive da defesa, é o seguinte.

Com isso, acreditamos que o artigo 14 do CPP brasileiro⁸⁹ não resolve totalmente o problema, permanecendo o foco preconceituoso da atuação defensiva para macular a investigação. Até porque, a característica autoritária permanece incólume quando a norma processual indica a necessidade de autorização pela autoridade policial para a realização de diligências.

A necessidade de alteração significativa da postura, como ocorreu no direito processual penal italiano, se torna premente, garantindo maior relevo às partes, em especial à defesa, haverá sensível ampliação no grau de *democraticidade* como princípio unificador⁹⁰ do processo penal.

Não mais há que se temer uma pré-concepção errônea em que a

⁸⁶ A alteração do modelo processual penal italiano deveu-se, significativamente, pela influência da Convenção Européia de Direitos Humanos. Nosso sistema também faz coro à introdução de preceitos internacionais de proteção aos direitos humanos (art. 5º., §1º. e § 2º., Constituição da República), em especial, à Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. No entanto, infelizmente, não se vê muito nas decisões judiciais a aplicação das suas normas ou quiçá referência aos mesmos.

⁸⁷ Até porque, como bem realçou Geraldo Prado, “em um processo penal acusatório não há espaço para institutos ou procedimentos inquisitórios.” PRADO *As Garantias na Investigação Criminal: O Direito de se Defender Provando*. p. 703.

⁸⁸ Basta pensar que há uma ampla discussão sobre a investigação direta do Ministério Público em todos os Tribunais, especialmente superiores, mas nenhuma discussão quanto a investigação defensiva.

⁸⁹ “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

defesa, durante a investigação, tem o objetivo de prejudicar ou manipular a apuração dos fatos. Esta visão se traduz em um modelo arbitrário preconceituoso em que nada moderniza o nosso sistema. Temos realmente que identificar o processo penal como um instrumento de proteção de todos, inclusive e especialmente àquele submetido às suas agruras, até porque presumidamente inocente, justamente para garantir eficácia ao primeiro artigo da nossa Constituição.

Por isso, denota-se extremamente interessante entendermos o significado da alteração de postura do modelo italiano, garantindo maior eficácia ao contraditório e ao justo processo, incluindo as partes como formadoras da prova e na influência da decisão penal, estabelecendo a presença da defesa em fase apuratória para contribuir com a introdução de fontes de prova através de uma atividade investigativa própria.

A real diferença entre o nosso modelo e o italiano acaba servindo para identificarmos que a discussão sobre ser um sistema acusatório ou inquisitório não está apenas na atuação oficiosa do julgador, mas sim na maior valorização reservada às partes, objetivando a construção de equilíbrio entre as mesmas. Neste ponto, acreditamos ser necessária uma mudança de postura legislativa para garantir uma atuação mais ativa da defesa na investigação preliminar⁹¹.

6 BIBLIOGRAFIA

AMODIO, Enio. **Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo Código de Processo Penal**. Trad. Paulo Zomer. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 7. N. 25, jan./mar. 1999, pp. 09/22.

ANGELETTI, Riziero. **La costruzione e la valutazione della prova penale**.

⁹⁰ CUNHA MARTINS. *O ponto Cego do Direito*. p. 93/94.

⁹¹ Basta pensarmos que apenas com a edição da Lei 397/2000 em que houve uma engrenagem na investigação defensiva. O derogado art. 38, CPP italiano que garantia a atuação defensiva na investigação, pela sua generalização, não fortalecia a efetividade da investigação pela defesa. Ou seja, foi necessário não só a mudança da postura acadêmica, mas também legislativa para identificação de um modelo acusatório *forte*.

Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

CAPRIOLI, Francesco. **Indagini preliminari e udienza preliminare.** In Compendio di Procedura Penale. Giovanni Conso, Vittorio Grevi e Marta Bargis (org.). 6^a. ed. Padova: Cedam, 2012.

CONTI, Carlotta. **Il diritto delle prove penali.** Carlotta Conti e Paolo Tonini (org.). Milano: Giuffrè, 2012.

CERQUA, Federico e MATTEO, Pellacani. **Quale qualifica per il difensore-investigatore.** In Archivio della Nuova Procedura Penale. n. 5, 2007, pp. 609/613.

CHIAVARIO, Mario. **Diritto Processuale Penale.** Profilo Istituzionale. 4a. ed. Torino. Utet Giuridica, 2009.

CORDERO, Franco. **Procedura penale.** 9^a. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

COSTA OLIVEIRA, Francisco da. **A defesa e a investigação do crime.** 2^a. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CRISTIANI, Antonio. **Guida alle Indagini Difensive nel Processo Penale.** G. Giappichelli Editore: Torino, 2001.

CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DEDDA, Enrico Di. **Le investigazioni difensive: soggetti attivi, limiti taciti e patologie processuali** (vere o presunte) In Archivio della Nuova Procedura Penale. n. 1, gennaio, 2004, pp. 98/101.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. **Teoria del garantismo penale.** 8a. ed. Roma: Laterza, 2004.

FERRUA, Paolo. **La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrilevanza probatoria delle contestazioni.** In Il Giusto Processo. Tra contraddittorio e Diritto al silenzio. Roberto E. Kostoris (org.)Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, p. 07 (pp. 05/24).

FRIGO, Giuseppe. **"Giusto Processo" e funzione della difesa.** In Il Giusto Processo. Tra contraddittorio e Diritto al silenzio. Roberto E. Kostoris

(org.)Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, p. 390 (pp. 389/406).

GAROFOLI, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Processuale Penale**. 2a. ed. Milano> Giuffrè Editore, 2006.

LOPES Jr, Aury. **(Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório**. In Boletim IBCCRIM. Ano 21, no. 251, out. 2013, p. 5/6.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação Criminal Defensiva**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010.

MALAN, Diogo. **Investigação defensiva no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminas. vol. 96, maio-jun., 2012, pp. 279/309.

ORLANDI, Renzo. **L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale**. In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milano: Dott. A. Giuffrè. Anno XLI, fasc. 2, Aprile-giugno, 1998, pp . 452/508.

PASTA, Alessandro. **Dall'epistème alla critica : il diritto alla prova dell'acusato**. In In Processo Penale e Costituzione. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 388/410.

PASTA, Alessandro. **Tra individuo e stato: il diritto di difesa**. In Processo Penale e Costituzione. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 154/179.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. **Parecer. As Garantias na Investigação Criminal: O Direito de se Defender Provando**. In Temas de Direito Penal e Processo Penal. Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 691/718.

SAGNOTTI, Simona Carlotta. **Il contraddittorio: una riflessione filosofico-giuridica**. In Processo Penale e Costituzione. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 331/343.

SAPONARO, Luisa. **La ricerca della prova nelle indagini difensive**. In **La Prova Penale. Le dinamiche probatorie e gli strumenti per**

l'accertamento giudiziale. Vol. II. Alfredo Gaito (org.) Torino: Utet Giuridica, 2008, pp.175/208.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança.** Trad. Luís Greco. In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Luís Greco (coord.). Madri: Marcial Pons, 2013, pp. 205/221.

TONINI, Paolo. **Direito de defesa e prova científica: novas tendências do processo penal italiano.** Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 48. 2004, pp. 194/214.

TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale.** 12^a. ed. Milano: Giuffrè, 2011.

TONINI, Paolo. **Lineamenti di Diritto Processuale Penale.** 10^a. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

TRIGGIANI, Nicola. **Le investigazioni della difesa tra mito e realtà.** In Archivio della Nuova Procedura Penale. n. 1, gennaio/febbraio, 2011, pp. 01/13.

VASSALI, Giuliano. **Il diritto alla prova nel Processo Penale.** In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milano: Giuffrè. Anno XI, 1968, pp. 03/59.

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

Claudio Luiz Covatti¹

RESUMO: A crise da civilização ocorrida nas últimas décadas do século XX propiciou a criação de um Estado de Direito Ambiental. Este artigo busca questionar qual a necessidade de criação deste Estado de Direito Ambiental. Qual o principal fundamento do Estado de Direito Ambiental, o direito ao meio ambiente equilibrado caracterizado como direito fundamental e o panorama social para a sua concretização. Para tanto, são analisados conceitos sobre o direito ao meio ambiente, o meio ambiente como direito fundamental e a Defensoria Pública como principal instituição de concretização do direito ao meio ambiente equilibrado.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito Ambiental; meio ambiente como direito humano fundamental; atuação da Defensoria Pública no Estado de Direito Ambiental.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Estado de Direito Ambiental: elementos conceituais e normativos; 3. O meio ambiente equilibrado como direito humano fundamental; 4. A atuação da Defensoria Pública no Estado de Direito Ambiental; 5. Conclusão; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, sabendo-se que as respostas são mutáveis e estão em constante construção, visa discutir se hoje vivemos e somos regidos por um Estado de Direito Ambiental.

Em um segundo momento, considerando-se que a necessidade de respostas ao primeiro questionamento quanto à sua existência, busca-se

¹Mestrando em Direito Ambiental na UCS. Defensor Público no Estado do Rio Grande do Sul.

entender qual foi o contexto histórico e a motivação para se criar um Estado de Direito Ambiental.

Num crescente de perguntas e possíveis respostas, as quais são conseqüências das constatações alcançadas, pretende-se definir se o direito ao meio ambiente equilibrado, fundamento principal do Estado de Direito Ambiental, pode ser caracterizado como um direito fundamental.

Em decorrência desta possibilidade de caracterização do direito ao meio ambiente equilibrado como um direito fundamental, sabendo-se que os direitos merecem ser efetivados e concretizados, se analisa a atuação da Defensoria Pública no Estado de Direito Ambiental.

Então, o presente artigo busca definir o conceito, a consolidação do direito ao meio ambiente como direito fundamental e a necessidade de concretização destes direitos, como objetivos do Estado de Direito Ambiental.

2 O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL: ELEMENTOS CONCEITUAIS E NORMATIVOS

Deparando-se com o ordenamento jurídico, em especial a Constituição da República Federativa do Brasil, surgem algumas perguntas que dão ensejo ao trabalho que ora é realizado.

Está-se num Estado de Direito Ambiental? Qual a motivação de se criar um Estado de Direito Ambiental? Qual a necessidade e como concretizar este Estado de Direito Ambiental?

As indagações são pertinentes e merecem ser objeto de respostas, ao menos de busca por respostas, uma vez que os conceitos e entendimentos são mutáveis, estão em constante evolução e a contribuição pretendida por este artigo é muito mais de questionar propriamente do que definir, de ser uma voz entre as muitas que tentam dimensionar a questão ambiental.

Evidentemente, há que se dialogar com os livros já escritos, muitos

dos quais servem de fonte das perspectivas ora aventadas, para se tentar delimitar a existência ou não de um Estado de Direito Ambiental, a motivação e a necessidade de se criar um Estado de Direito Ambiental e como efetivamente concretizá-lo, torná-lo mais eficaz ao propósito que se destina.

Visualiza-se com os questionamentos acima verberados, a primeira necessidade de se conceituar o que seria um Estado de Direito Ambiental e se há motivação para que um Estado de Direito Ambiental fosse erigido.

Ora, é cediço que houve uma exacerbação real da problemática ambiental, posterior à revolução industrial e decorrente do crescimento acentuado da população, especialmente no decorrer do século XX, bem como o incremento veloz e intenso das relações sociais, das relações de consumo, da exploração dos recursos naturais e, como conseqüência, a percepção de que a ação humana contribui para a degradação ambiental e que os recursos naturais são finitos e algo precisa ser feito para que a dilapidação irresponsável e inconseqüente seja cessada ou entre em processo de reversão.

Como diz com maestria Enrique Leff, ao abrir tópico sobre a questão ambiental e o desenvolvimento do conhecimento,

A problemática ambiental – a poluição e degradação do meio, a crise dos recursos naturais, energéticos e de alimentos – surgiu nas últimas décadas do século XX como uma crise de civilização, questionando a racionalidade econômica e tecnológica dominantes. Esta crise tem sido explicada a partir de uma diversidade de perspectivas ideológicas. Por um lado, é percebida como resultado da pressão exercida pelo crescimento da população sobre os limitados recursos do planeta. Por outro, é interpretada como o efeito da acumulação de capital e da maximização da taxa de lucro a curto prazo, que induzem padrões tecnológicos de uso e ritmos de exploração da natureza, bem como de formas de consumo, que vêm esgotando as reservas de recursos naturais, degradando a fertilidade dos solos e afetando as condições de regeneração dos ecossistemas naturais.

A problemática ambiental gerou mudanças globais em sistemas socioambientais complexos que afetam as condições de sustentabilidade do planeta, propondo a necessidade de internalizar as bases ecológicas e os princípios jurídicos e

sociais para a gestão democrática dos recursos naturais².

Ou seja, observa-se com o crescente número de desastres ambientais ocorridos (poluição), com a variação climática impressionante a que somos submetidos, com o aquecimento global e a progressiva escassez dos recursos naturais (há lugares do mundo onde a escassez de água é um problema concreto, circunstância esta que pode vir atingir a todos, o que é um problema da humanidade), que a atuação dos seres humanos tem sido responsável pela crise ambiental que se instalou.

E se já se constata a existência de uma crise ambiental, como uma crise da própria civilização, como acima disse Leff, é imprescindível que se molde o próprio sistema jurídico, que em sua essência tem por objeto a regulação das relações interpessoais, como suporte jurídico e social para administrar as relações humanas interpessoais e as relações do ser humano com a utilização dos recursos naturais.

Nesse contexto, vislumbra-se a incorporação ao sistema jurídico brasileiro, da fundamentação de um Estado de Direito Ambiental, com a criação de normas constitucionais específicas para tratar sobre o meio ambiente, bem como um aparato constitucional e legal que permita concretizar os objetivos constitucionais de um Estado de Direito Ambiental.

Todavia, em razão da existência deste regramento específico para tratar das questões ambientais, faz-se necessário tentar conceituar o que é um Estado de Direito Ambiental.

Com este questionamento conceitual, é pertinente mencionar o que afirmam José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala,

Em linhas gerais, o Estado de Direito Ambiental pode ser compreendido como produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere à proteção do meio ambiente.

O Estado de Direito Ambiental constitui um conceito de cunho

² LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Tradução de Sandra Valenzuela; revisão técnica de Paulo Freire Vieira. – 5. Ed. – São Paulo : Cortez, 2010. P. 61.

teórico-abstrato que abrange elementos jurídicos, sociais e políticos na persecução de uma condição ambiental capaz de favorecer a harmonia entre os ecossistemas e, consequentemente, garantir a plena satisfação da dignidade para além do ser humano.

Percebe-se, portanto, que a crise ambiental vivenciada pela modernidade traz consigo uma nova dimensão de direitos fundamentais, a qual impõe ao Estado de Direito o desafio de inserir entre as suas tarefas prioritárias a proteção do meio ambiente³.

Com efeito, considerando o conceito ora proposto por Ayala e Morato Leite, há que se perceber que há em nosso ordenamento jurídico pátrio um Estado de Direito Ambiental, composto de elementos jurídicos, sociais e políticos, dispostos com o objetivo de uma melhor condição ambiental, capaz de favorecer os ecossistemas e propiciar ao ser humano a plena satisfação da dignidade.

Por sua vez, Tiago Fensterseifer utiliza-se do conceito de Estado Socioambiental de Direito, o que faz partindo da premissa de que são convergentes as “agendas” sociais e ambientais, afirmando:

Já nas primeiras linhas traçadas para fundamentar o novo modelo de Estado de Direito que aponta no horizonte jurídico-constitucional contemporâneo, impõe-se a justificativa acerca da preferência do autor pela expressão socioambiental, registrando-se a existência de inúmeros e diferentes termos para denominar o novo projeto da comunidade estatal, entre eles: Estado Pós-Social, Estado Constitucional Ecológico, Estado de Direito Ambiental, Estado do Ambiente, Estado Ambiental de Direito, Estado de Bem-Estar Ambiental, entre outros. A preferência pela expressão socioambiental resulta, como se verá ao longo do presente estudo, da necessária convergência das “agendas” social e ambiental num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano. O objetivo do Estado contemporâneo não é “pós-social”, em razão de o projeto de realização dos direitos fundamentais sociais (de segunda dimensão) não ter se completado, remanescendo a maior parte da população mundial (o que se apresenta de forma ainda mais acentuada na realidade brasileira e dos países em desenvolvimento de um modo geral) até os dias atuais desprovida do acesso aos seus direitos sociais básicos (e, inclusive, da garantia constitucional do mínimo existencial indispensável a uma vida digna). Há, portanto, um percurso político-jurídico não concluído pelo

³ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental : do individual ao coletivo extrapatrimonial : teoria e prática* / José Rubens Morato Leite, Patryck de Araújo Ayala. – 5. Ed. ver., atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012. pp. 38/39.

Com razão Tiago Fensterseifer quando diz que o objetivo do Estado contemporâneo não é pós-social e que são necessárias as convergências entre as agendas sociais e ambientais. Todavia, com a mesma ideia de que as gerações de direitos (primeira, segunda, terceira,...) não são excludentes, mas cada uma engloba rol de direitos que se sucedem, destaca-se a conceituação do Estado de Direito Ambiental como própria, que contempla a importância que se dá a construção específica de campo teórico ao direito ambiental.

Visualiza-se, com esta divergência, que nada obstante a conceituação de Estado de Direito Socioambiental seja mais abrangente, em razão da aludida convergência, a conceituação de Estado Ambiental de Direito não elimina e muito menos exclui a importância da convergência entre as agendas ambiental e social. Ao contrário, quando a conceituam, Morato Leite e Ayala discriminam a que é um conceito de cunho teórico-abstrato, formado por elementos jurídicos, sociais e políticos.

Entretanto, como se busca perscrutar a atuação da Defensoria Pública no Estado de Direito Ambiental, o objeto deste trabalho é jungido aos questionamentos inicialmente identificados, deixando-se esta discussão conceitual para um trabalho futuro.

Nesse contexto, voltando-se aos objetivos propostos, as indagações originariamente construídas começam a ser respondidas, à medida que se estabelece que presente a motivação para se gerar este aparato teórico-abstrato do Estado de Direito Ambiental, consubstanciando em princípio e regras constitucionais e legais para fortalecer a proteção ao meio ambiente.

Tanto é assim que o artigo 225, caput, da Constituição Federal revela a edificação constitucional do Estado de Direito Ambiental, senão vejamos:

⁴ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente : a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2008. pp. 94/95.

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Este Estado de Direito Ambiental, de matriz constitucional, alça o direito ao meio ambiente equilibrado a direito fundamental? Se o eleva à situação de direito fundamental, qual a necessidade e como concretizar este direito fundamental?

3 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Diante da perspectiva de que o Estado de Direito Ambiental alça o direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental, o que lhe confere necessidade de maior proteção pelo próprio sistema jurídico constitucional, cabe uma digressão acerca de tão importante evolução.

Os direitos fundamentais têm por escopo, nas palavras de Paulo Bonavides, em citação a Konrad Hesse, “Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade”⁵.

E esta vinculação dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, segundo Bonavides, enquanto valores históricos e filosóficos, conduz ao significado da universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana⁶.

A universalidade, por sua vez, manifestou-se primeiramente no ideário da Revolução Francesa, em especial na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, a qual tinha por destinatário o gênero humano.

Com a evolução dos tempos e a sucessão de perspectivas acerca dos direitos fundamentais, estes tomados sob a ótica da necessária generalização e universalidade, se estabeleceram as gerações dos direitos

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10^o ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2000, p. 514.

fundamentais.

Na esteira dos ensinamentos de Paulo Bonavides, os

“direitos da primeira, da segunda e da terceira geração, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, conforme tem sido largamente assinalado, com inteira propriedade, por abalizados juristas. Haja vista a esse respeito a lição de Karal Vasak na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo⁶⁷.”

Todavia, considerando que o objetivo deste tópico é verificar se direito ao meio ambiente equilibrado foi elevado à condição de direito fundamental, o que lhe confere especial força e necessidade de concretização, é essencial registrar que este direito restou elencado como direito fundamental de terceira geração.

Como bem postado pelo célebre constitucionalista Paulo Bonavides,

“A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação⁶⁸.”

Ora, considerando que a Constituição da República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e que esta é buscada com o estabelecimento de direitos fundamentais ao ser humano, sejam de primeira, segunda ou terceira geração, as quais se sucedem e não se excluem, a própria inclusão do direito ao meio ambiente em nossa carta constitucional – como bem detectada pela doutrina – lhe confere a situação de direito fundamental.

E a configuração do direito ao meio ambiente como direito fundamental lhe proporciona a oportunidade maior de busca da dignidade da pessoa humana, a qual se torna possível com o estabelecimento dos direitos fundamentais, dentre dos quais se encaixa o direito ao meio

⁶ *Idem, ibidem*, p. 516.

⁷ *Idem, ibidem*, p. 517.

⁸ *Idem, ibidem*, p. 523.

ambiente equilibrado, que é essencial a sua concretização, à medida que segundo Hannah Arendt

“A terra é a própria quintessência da condição humana e, ao que sabemos, sua natureza pode ser singular no universo, a única capaz de oferecer aos seres humanos um habitat no qual eles podem mover-se e respirar sem esforço nem artifício. O mundo – artifício humano - separa a existência do homem de todo ambiente meramente animal; mas a vida, em si, permanece fora desse mundo artificial, e através da vida o homem permanece ligado a todos os outros organismos vivos”⁹.

Portanto, utilizando-se deste conceito cunhado por Hannah Arendt, de que a terra é a própria quintessência da condição humana, toma-se como premissa a necessidade de garantir a condição humana de vida nesta terra, a qual será viável com a concretização do direito fundamental.

Tanto é assim que o direito ao meio ambiente equilibrado está consagrado na Constituição Federal de 1988, como direito fundamental. Em razão, dessa previsão normativa, o Brasil seguiu a tendência verificada após a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, realizada pela ONU em Estocolmo, em 1972.

E a doutrina não deixa dúvidas quanto ao patamar de direito fundamental alcançado pelo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Antônio Herman Benjamin, em importante obra doutrinária organizada por José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite, conceitua a proteção ambiental como direito fundamental, e alerta que

Além da instituição desse inovador “dever de não degradar” e da ecologização do direito de propriedade, os mais recentes modelos constitucionais elevam a tutela ambiental ao nível não de um direito qualquer, mas de um direito fundamental, em pé de igualdade (ou mesmo, para alguns doutrinadores, em patamar superior) com outros também previstos no quadro da Constituição entre os quais se destaca, por razões óbvias, o direito de propriedade. Assim posta, a proteção ambiental deixa, definitivamente, de ser um interesse menor ou acidental no ordenamento, afastando-se dos tempos em que, quando muito, era objeto de acaloradas, mas juridicamente estéreis

⁹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10.^o ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 10.

discussões no terreno não jurígeno das ciências naturais ou da literatura. Pela via da norma constitucional, o meio ambiente é alçado ao ponto máximo do ordenamento, privilégio que outros valores sociais relevantes só depois de décadas, ou mesmo séculos, lograram conquistar¹⁰.

Segundo Marchesan *et. al.*¹¹, com a proteção do meio ambiente como direito fundamental pelo artigo 225 da Constituição Federal de 1988:

(...) o Brasil honrou o compromisso assumido quando da Convenção de Estocolmo de 1972, da qual resultou uma Declaração de Princípios, em que, no princípio 1º, consta que 'O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade, e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras'. Este princípio foi reafirmado na Declaração do Rio de Janeiro de 1992: 'Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com o meio ambiente' (artigo 1º)".

Ora, consoante o artigo 1º da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, o escopo principal é o ser humano. Como afirma Fiorillo, tal objetivo demonstra que "o direito ambiental possui uma necessária visão antropocêntrica, porquanto o único animal racional é o homem, cabendo a este a preservação das espécies, incluindo a sua própria"¹².

A Constituição Federal de 1988 trata o meio ambiente num capítulo especial. O artigo 225 é a base fundamental de todo o ordenamento jurídico sobre o meio ambiente, mesmo deixando aberturas para interpretações econômicas, políticas, sociais e ambientais isoladas.¹³ Tais aberturas ou interações entre agendas, como pensado por Tiago Fensterseifer quando diz ser mais apropriado o conceito de Estado de Direito Socioambiental,

¹⁰ CANOTILHO, José Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5.º ed. Ver. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 99.

¹¹ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Silvia. **Direito Ambiental**. 3 ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2006, p. 18-19.

¹² FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4.º ed. Ampl. São Paulo : Saraiva, 2003. P. 16.

¹³ RECH, Adir Ubaldo. O Zoneamento Ambiental e Urbanístico como instrumentos de tutela efetiva e eficaz do meio ambiente. In: In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson (org.). **Estado, Meio Ambiente e Jurisdição**. Caxias do Sul: Educus, 2012, p. 123.

nada obstante a opção conceitual pelo Estado de Direito Ambiental, neste deve e merece ser concretizado.

Tais aberturas, diga-se de passagem, restaram bem explicadas no artigo de Samuel Meira Brasil Jr., invocando a teoria sistêmica de Niklas Luhman, afirmando que

Os subsistemas ou sistemas parciais têm os seguintes códigos binários: (i) o sistema político usa o código “governo/não-governo (oposição)” ou “poder/não-poder”; (ii) o sistema econômico tem o código “ter/não-ter” (propriedade, capacidade de pagamento), “possuir/não-possuir”, “comprar/vender” ou “pagar/não-pagar”; (iii) a ciência usa o código “verdade/não-verdade”; (iv) a arte possui o código “bonito/feio”; e, finalmente, (v) o sistema jurídico usa o código binário “lícito/ilícito”, “direito/não-direito”, “legal/ilegal”.¹⁴

De modo que, ainda que se tome o artigo 225, da Constituição Federal, como base fundamental de proteção e consolidação do meio ambiente como direito fundamental constitucional,

enquanto o sistema é redutor da complexidade do ambiente, as funções de cada subsistema ou sistema parcial são redutoras da complexidade interna (do próprio sistema). Cada sistema desempenha uma função infungível, não para si mesmo, mas para a sociedade. O sistema econômico tem, como função, a escassez, enquanto a função no sistema político é a tomada de decisões que vinculam a coletividade. O sistema jurídico tem como função a garantia das expectativas, no que Luhman chama de generalização congruente das expectativas normativas. A economia lida com expectativas cognitivas, enquanto o direito cuida de expectativas normativas¹⁵.

Ou seja, é proposital a abertura para interpretações econômicas, políticas, sociais e ambientais isoladas possibilitam a interação entre os diferentes sistemas, sejam políticos, econômicos, jurídicos. Segundo Luhmann, citado por Samuel Meira Brasil Jr.¹⁶

A solução para essa interação entre os sistemas encontra-se no acoplamento estrutural que mantém o fechamento operativo do sistema apesar de aceitar uma abertura cognitiva. As

¹⁴BRASIL JR., Samuel Meira. Os limites funcionais do poder judiciário na teoria sistêmica e a judicialização das políticas públicas. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n.º 7, jan./jun. 2010, p. 105.

¹⁵*Idem*, p. 106.

¹⁶BRASIL Jr., Samuel Meira, Op. Cit. Pp. 107 e 109

operações estão acopladas internamente ao sistema e, em alguns casos, entre sistemas distintos. A estrutura, na teoria sistêmica, é uma forma estável de encadeamento de operações. O acoplamento estrutural, assim, não torna possível uma influência direta do ambiente em um sistema, apenas permite a influência de um sistema em outro. (...) Para Luhmann, o que une e separa o direito e a política – ou seja, o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o político – é a Constituição. Ela estabelece limites políticos ao direito e limites jurídicos à política”.

Por conseguinte, a consagração do direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental merece ser efetivado pelos atores sociais.

Com isso, conclui-se que a tutela do meio ambiente mostra-se diretamente ligada à noção de Estado Social, exigindo uma atuação positiva do Estado, contrariando a visão absenteísta vigente no liberalismo.¹⁷

Por conseguinte, no Estado de Direito Ambiental, é inegável que o direito ao meio ambiente equilibrado, por se tratar de um direito fundamental, tem que ultrapassar o campo teórico e abstrato e ser concretizado, ser efetivado.

Mas como fazê-lo?

4 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

A atuação da Defensoria Pública no Estado de Direito Ambiental tem especial relevância diante da constante cultura do conflito, onde as soluções das questões polêmicas têm sido pautadas pela busca do Estado-Juiz para soluções.

É uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, expressão e instrumento do regime democrático, incumbindo-lhe fundamentalmente a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos

¹⁷ LUNELLI, Carlos Alberto. *Por um novo paradigma processual nas ações destinadas à proteção do bem ambiental: a contribuição do contempt of court*. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson (org.). **Estado, Meio Ambiente e Jurisdição**. Caxias do Sul: Educus, 2012, p. 148.

os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

E mais, considerando que são objetivos da Defensoria Pública, consoante o artigo 3º da Lei Complementar 80/94 (redação da LC 132/09), a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais, a afirmação do Estado Democrático de Direito e a prevalência e efetividade dos direitos humanos, bem como tendo como uma de suas funções institucionais promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e **ambientais**, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (art. 4.º, X, da LC 80/94, com redação dada pela LC 132/2009), assume especial relevância no cenário nacional o papel que é concedido às Defensorias Públicas.

Considerando que o Estado de Direito Ambiental tem como um de seus principais fundamentos a caracterização do direito ao meio ambiente como direito fundamental, é imprescindível que este direito seja efetivamente concretizado. E esta concretização é viável com o fortalecimento das Defensorias Públicas, à medida que tanto a Constituição Federal com o ordenamento jurídico lhe concede esta legitimidade.

E o cumprimento deste papel que legitimamente lhe é conferido, é essencial no contexto social em que vivemos. Infelizmente, é o que se percebe com a crescente judicialização de todas as questões, impera na sociedade a cultura do litígio, onde os direitos não têm sido respeitados e concedidos voluntariamente. E pior, as infrações mais graves acabam por ser cometidas por grandes empresas com a concordância omissiva do Estado. Observa-se que na sociedade, cada vez mais, os direitos só são obtidos quando invocada a manifestação do Poder Judiciário.

Em sendo o meio ambiente um direito fundamental do cidadão,

consagrado na Constituição Federal desde 1988, e também um direito fundamental completo, composto por um feixe de posições jurídicas fundamentais subjetivas, tem-se que em verdade se trata de um direito passível de ser exigido judicialmente.

Com isso, coloca-se que o meio ambiente é concomitantemente direito e dever do Estado e de todas as pessoas. É um compromisso e tarefa do Estado, de cada cidadão, da coletividade. Então, é preciso pensar em instrumentos para tornar possível essa interação Judiciário-sociedade¹⁸.

Na prática, a concretização do direito ao meio ambiente equilibrado se dá através de ações judiciais individuais e coletivas. Em sendo o meio ambiente um bem comum de todos, reconhece-se que o meio mais propício para a sua concretização e observância é por via das ações coletivas, com legitimados ativos representativos do grupo, categoria ou classe que permitem um amplo debate a respeito das prioridades que serão estabelecidas e implementadas dentro das particularidades e possibilidades do país, sendo justificável a importância das ações individuais quando esta servirem de instrumento de pressão para implementação de políticas públicas.¹⁹

O Projeto de Código de Processo Coletivo, em tramitação no Congresso Nacional, já direciona o caminho das ações coletivas para a tutela deste direito fundamental:

Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações civis públicas e as demais ações coletivas destinadas à proteção:
I – do meio ambiente, da saúde, da educação, da previdência e assistência social, do trabalho, do desporto, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos;

Em se tratando de um dever do Estado, e isso certamente implica custos, também deve estar inserido dentro de uma complexidade política e

¹⁸*Idem, ibidem*, p. 47.

¹⁹LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A judicialização da política pública e o direito à saúde: a construção de critérios judiciais e a contribuição do Supremo Tribunal

administrativa, cabendo ao mesmo eleger os meios de concretizá-la, ao mesmo tempo em que é um direito do cidadão, que muitas vezes ao exigir a concretização do direito ao meio ambiente equilibrado, fazer valer o seu direito de buscar junto ao Poder Judiciário uma solução concreta à questão ambiental.

Um critério que é apontado como necessário para o reconhecimento judicial de direitos contra o Poder Público tem relação direta com a natureza intrínseca do direito pleiteado, marcado pela essencialidade ou garantia de um mínimo existencial²⁰. O meio ambiente atende a essa exigência doutrinária e jurisprudencial, uma vez que é garantia de um mínimo existencial e à própria dignidade da pessoa humana.

Uma questão que fica em aberto, e cuja resposta não é objetivo deste artigo, já que demanda um aprofundamento maior, é como deve ser conduzido o processo judicial que trata destas demandas, visto o bem que se busca proteger é transindividual. O que se pode desde já afirmar é que o processo deve romper com as amarras racionalistas e propiciar a prevalência do direito fundamental à efetividade.²¹

Sabe-se, como bem foi dito por Tiago Fensterseifer que

O próprio enfoque de “direito-dever” fundamental presente no nosso texto constitucional traça um modelo de tutela ambiental que desloca o Estado da condição de único guardião da Natureza, inserindo os particulares (“toda coletividade”) no quadro permanente de defensores do ambiente, o que torna imprescindível a possibilidade de levar as lesões ao patrimônio ambiental a juízo, tanto sob o viés “associacionista” de cidadania, ou seja, através de associações civis ambientais (como, por exemplo, através do manuseio da ação civil pública), como sob um viés “individualista” de cidadania, através do próprio cidadão levar a cabo a defesa do ambiente (como, por exemplo, através da ação popular e das ações de

Federal. **Espaço Jurídico**. Joaçaba, v. 12, n.2, jul./dez. 2011, p. 296.

²⁰ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 276.

²¹ MARIN, Jeferson Dytz; BERTARELLO, Marina. A Ordinarietàade do Processo Civil: proporcionalidade, oposição aos juízos de certeza e realização dos direitos fundamentais. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). **Jurisdição e Processo – vol. III**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 145.

direito de vizinhança)²².

De qualquer forma, considerando a elevação do direito ao meio ambiente como direito fundamental constitucional, com o reconhecimento de uma dupla perspectiva, uma subjetiva e outra objetiva, bem como o que torna imprescindível a possibilidade de levar as lesões ao meio ambiente a juízo, em rápida digressão observa-se que o sistema adotado pelo legislador brasileiro prevê um rol taxativo de entidades a propor a ação civil pública, meio clássico utilizado na busca de “solução” às questões ambientais, dispondo os legitimados no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, com a redação trazida pela Lei 11.448/2007, cabendo especial destaque ao Ministério Público e a Defensoria Pública, os quais são os principais responsáveis pela defesa dos direitos individuais e coletivos.

No tocante à Defensoria Pública, malgrado o tardio reconhecimento pela legislação, Lei Ordinária n.º 11.448/2007, a lhe incluir no rol de legitimados ativos da tutela coletiva de direitos, esta é essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, dos direitos individuais e coletivos dos necessitados (art. 1.º, da Lei Complementar 80/94, com redação dada pela Lei Complementar 132/2009), tendo como uma de suas funções institucionais promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, nestes compreendidos seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, nos termos do art. 4.º, X, da Lei Complementar 80/94, com redação conferida pela Lei Complementar 132/2009.

Ora, se o escopo principal de um regime democrático, considerando se tratar o direito ao meio ambiente um direito fundamental constitucional individual e da coletividade, extensível a todos, bem como se tratar a

²² FENSTERSEIFER, *Op. Cit.* p. 179.

legitimidade para propor a ação civil pública, instrumento de tutela coletiva, concorrente (qualquer dos legitimados pode, independente dos demais, ajuizar demandas, podendo ocorrer, inclusive, o exercício simultâneo por diferentes legitimados) e disjuntiva, pois não se exige a congregação de todos os legitimados, sendo o litisconsórcio apenas facultativo²³, é extremamente salutar a atuação de vários atores sociais, tornando-se mais efetiva e eficaz a proteção ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Torna-se importante, neste momento, a busca pela democratização da jurisdição constitucional, que se caracteriza fundamentalmente pela atuação do Poder Judiciário na efetivação da Constituição²⁴, especialmente em razão da insuficiência ou ineficiência das práticas políticas tradicionais para pôr em prática e atender plenamente os direitos lá consagrados.

Uma questão relevante é que a pretensão individual/social deve pautar-se pelo binômio que compreende de um lado a razoabilidade desta pretensão de direito individual ou coletivo, para a proteção de direito ao meio ambiente, como mínimo existencial, por intermédio de um processo judicial e de outro que esta forma processual de solução de conflitos apresente soluções coletivas do litígio, isto é, que contemple todo o rol de atingidos, que traga benefício para a pretensão social dos atingidos pelo gravame ambiental.

Contudo, a efetivação da proteção e a preservação do ambiente encontram como óbice um processo voltado à tutela de interesses individuais, com a inapropriada utilização destes institutos para a proteção de um bem de natureza transindividual, já que a ideologia que permeia o

²³ MOTA, Maurício. Fundamentos teóricos do Direito Ambiental / Maurício Mota (coord.). – Rio de Janeiro : Elsevier, 2008. P. 215.

²⁴ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 70-71.

processo tem nítido comprometimento privatista, dificultando ²⁵ ou até mesmo em algumas hipóteses impedindo a efetiva tutela do meio ambiente.

De fato, torna-se evidente a incapacidade da dogmática processual de apresentar soluções compatíveis com a necessidade de tutela efetiva do bem ambiental²⁶. Como exemplos, tomemos a observância do devido processo legal, que necessitará de um enfoque coletivo e social, e não individual. O mesmo pode-se afirmar quanto ao contraditório, que deve aderir à realidade social e adaptar-se à realidade material controvertida, fundando-se numa ótica publicista e sem extremo apego à bilateralidade.²⁷

Em que pese dificuldades de sua judicialização, a necessidade de tutela judicial dos direitos fundamentais é uma evidência, pois sem ela, direitos difusos constitucionalmente protegidos, como o meio ambiente, ficariam desprotegidos. Em razão disso, o processo destinado à defesa destes direitos constitucionais haverá de se revestir de um caráter sociocoletivo, norteado pela importância a ser atribuída à tutela do bem em questão, já que aspectos processuais não poderão sobrepor-se ao bem material tutelado.²⁸

Cumprido referir, ainda, os importantes campos em que a Defensoria Pública pode atuar para a busca do direito ao meio ambiente equilibrado, categorizado que é como direito fundamental, o que pode ocorrer com a concretização dos direitos contidos no artigo 46, da lei 11.977/09, o qual diz que a regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas,

²⁵LUNELLI, Carlos Alberto. *Por um novo paradigma processual nas ações destinadas à proteção do bem ambiental: a contribuição do contempt of court*. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson (org.). **Estado, Meio Ambiente e Jurisdição**. Caxias do Sul: Educus, 2012, p. 147.

²⁶LUNELLI, Carlos Alberto. *Por um novo paradigma processual nas ações destinadas à proteção do bem ambiental: a contribuição do contempt of court*. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson (org.). **Estado, Meio Ambiente e Jurisdição**. Caxias do Sul: Educus, 2012, p. 149.

²⁷MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. *A autonomia do processo constitucional e a legitimação para agir na tutela dos direitos coletivos: a dimensão publicista da jurisdição*. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). **Jurisdição e Processo: Efetividade e realização da pretensão material**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 32.

²⁸*Idem, ibidem*, p. 30.

urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

5 CONCLUSÃO

O tema da atuação da Defensoria Pública no Estado de Direito Ambiental se demonstra complexo e digno de discussão. Primeiro, por que se registra no curso de nossa evolução social a necessidade de criação de um Estado de Direito Ambiental, com a construção de um conceito de matriz teórica-abstrata que abrange elementos jurídicos, sociais e políticos que permitam a preservação e proteção do meio ambiente equilibrado, como absolutamente necessária para a concretização dos direitos fundamentais e essenciais à dignidade da pessoa humana.

O que desde já se constata é que o meio ambiente, em sendo um direito fundamental, deve ser protegido e tutelado por aqueles que possuem legitimidade para fazê-lo, especialmente aos que possuem legitimidade para buscar medidas judiciais que irradiem seus efeitos coletivamente, isto é, que protejam a um número indeterminado de pessoas o direito ao meio ambiente equilibrado.

Em se tratando de um bem coletivo, de um direito fundamental e inerente às condições dignas de vida humana, reconhece-se o papel fundamental concedido às Defensorias Públicas e a necessidade do fortalecimento desta instituição, que efetivamente atua para salvaguardar os direitos fundamentais dos necessitados, das pessoas que mais precisam e mais sofrem os efeitos deletérios da degradação ambiental.

Por conseguinte, é essencial que o Estado de Direito Ambiental tenha especial relevância, com o estabelecimento no ordenamento jurídico de normas que protejam o meio ambiente, com a conscientização dos

indivíduos, dos agentes estatais, das empresas, dos direitos e deveres frente ao meio ambiente e com a instrumentalização dos atores sociais – com especial e necessário enfoque à Defensoria Pública - para concretizar o direito ao meio ambiente equilibrado.

6 REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10.^o ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira**. In: CANOTILHO, José Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. Ed. Ver. São Paulo : Saraiva, 2012. P. 57-130.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10.^o ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2000.

BRASIL JR., Samuel Meira. **Os limites funcionais do poder judiciário na teoria sistêmica e a judicialização das políticas públicas**. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n.^o 7, jan./jun. 2010, p. 97-131.

CANOTILHO, José Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5.^o ed. Ver. São Paulo : Saraiva, 2012

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4.^o ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. Tradução de Sandra Valenzuela; revisão técnica de Paulo Freire Vieira. – 5. Ed. – São Paulo : Cortez, 2010. P. 61.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial : teoria e prática** / José Rubens Morato Leite, Patryck de Araújo Ayala. – 5. Ed. ver., atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012. pp. 38/39.

LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **A judicialização da política pública e o direito à saúde: a construção de critérios judiciais e a contribuição do Supremo Tribunal Federal**. Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 12, n.2, jul./dez. 2011, p. 283-302.

LUNELLI, Carlos Alberto. **Por um novo paradigma processual nas ações destinadas à proteção do bem ambiental: a contribuição do contempt of court**. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson (org.). Estado, Meio Ambiente e Jurisdição. Caxias do Sul: Educs, 2012.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Silvia. **Direito Ambiental**. 3 ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2006.

MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. **A autonomia do processo constitucional e a legitimação para agir na tutela dos direitos coletivos: a dimensão publicista da jurisdição**. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). Jurisdição e Processo: Efetividade e realização da pretensão material. Curitiba: Juruá, 2008.

MARIN, Jeferson Dytz; BERTARELLO, Marina. **A Ordinarietàade do Processo Civil: proporcionalidade, oposição aos juízos de certeza e realização dos direitos fundamentais**. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). Jurisdição e Processo – vol. III. Curitiba: Juruá, 2009.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010.

RECH, Adir Ubaldo. **O Zoneamento Ambiental e Urbanístico como instrumentos de tutela efetiva e eficaz do meio ambiente**. In: In:

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson (org.). Estado, Meio Ambiente e Jurisdição. Caxias do Sul: Educs, 2012, p. 123.

A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NA EXECUÇÃO TRABALHISTA E FISCAL

Mateus Mantovani Sorgatto¹

RESUMO: A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é o instituto em que apenas se afasta o véu da pessoa jurídica, desconsiderando a autonomia patrimonial e redirecionando a execução contra o patrimônio dos sócios. Essa teoria se divide em duas vertentes, a maior, disposta no art. 50 do Código Civil, que prevê alguns requisitos para sua aplicação. É a menor, cujo mero inadimplemento das obrigações é suficiente para que se possa desconsiderar a personalidade jurídica das sociedades personificadas. Baseando-se no princípio da proteção do trabalhador, na execução trabalhista, optou-se por se utilizar da teoria menor da desconsideração. Já na execução fiscal, para que seja possível a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, devem estar demonstrados os requisitos do art. 135 do CTN.

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Sociedade Limitada. Execução Trabalhista. Princípio da Proteção. Execução Fiscal. Responsabilidade Tributária. Responsabilidade de Terceiros com Atuação Irregular.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. 3. A Execução Trabalhista, A Execução Fiscal e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. 4. Conclusão. 5. Referências

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de uma análise da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, focando nas sociedades limitadas e sob a ótica da sua aplicação na execução trabalhista e na

execução fiscal.

Em razão da simplicidade com que se constituem e funcionam e a limitação da responsabilidade dos sócios ao capital social, as sociedades limitadas se popularizaram e, rapidamente, tornaram-se as mais numerosas. Fica clara, assim, a dissonância existente entre os princípios guiadores do direito tributário e do trabalho, e as regras sobre a responsabilização, e os princípios que regem as sociedades limitadas, principalmente, o da autonomia patrimonial.

Nesse sentido, os objetivos do trabalho estão relacionados com a ideia de analisar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no caso específico das sociedades limitadas e o redirecionamento da execução de créditos trabalhistas e tributários para o patrimônio particular dos sócios ou administradores.

Assim, buscando uma melhor compreensão do tema proposto, iniciamos fazendo um breve apanhado histórico sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, referindo algumas discussões existentes sobre seu surgimento. Em seguida, passamos a análise da teoria da desconsideração da personalidade jurídica após a promulgação do Código Civil de 2002, fazendo uma avaliação sobre as construções doutrinárias da teoria maior e teoria menor da desconsideração.

Para finalizar, faremos algumas considerações em relação à responsabilização dos sócios e administradores diante de verbas trabalhistas e débitos fiscais. A partir daí poderá ser feito um paralelo em relação à aplicação desta teoria na execução trabalhista e na execução fiscal.

O artigo 50, do Código Civil de 2002 preconiza que em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, que os efeitos de certas e

¹ Advogado. MBA em Direito Empresarial com Ênfase em Direito Tributário – Faculdade IDC.

determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Em face da atuação irregular de sócios ou administradores, surge a necessidade da aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica nas sociedades limitadas. Isso pode significar tornar ilimitada a responsabilidade do administrador ou sócio acarretando em um custo social relativamente elevado e que, por vezes, causa prejuízos superiores àquele causado ao credor.

Tal insegurança, por não garantir aos empreendedores uma limitação de responsabilidade dos sócios, pode ser também revertida em maior prejuízo a todo o sistema financeiro e empresarial. Conforme for, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica de forma indiscriminada e sem critério, inobservando a existência dos requisitos para tanto, somando-se ao aumento dos custos da atividade econômica, a tendência é a diminuição desta atividade.

O que se busca com a aplicação desta teoria é combater o mau uso da pessoa jurídica, principalmente, no que diz respeito à liberdade proporcionada ao sócio pela autonomia patrimonial, e uma maior proteção ao crédito tributário que, em última análise, pertence à sociedade como um todo.

Já na aplicação deste instituto, perante a Justiça do Trabalho, o objetivo é impedir que o uso irresponsável da proteção alcançada pela autonomia patrimonial, característico da sociedade limitada, cause prejuízo àquele que é a parte mais frágil da relação de emprego.

Assim, resta evidente que a análise do caso do presente trabalho é assunto muito polêmico e controvertido, apresentando reflexos, não só para as partes de uma possível demanda, mas também em todo âmbito social.

2 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A doutrina da desconsideração foi desenvolvida pelos tribunais norte-

americanos para impedir abuso por meio da personalidade jurídica. A *disregard of corporate entity* é definida no *Black's Law Dictionary* como a desconsideração da personalidade da companhia, que significa tratar uma companhia como se não existisse, para efeitos fiscais ou certos outros propósitos de responsabilização. Em tal evento, cada acionista responderia pela distribuição das ações em todas as transações da companhia referentes à tributação ou outras responsabilidades.²

Essa teoria foi desenvolvida, segundo Borba³, para que sempre que por má-fé, dolo ou atitude temerária, a sociedade que estivesse sendo empregada, não para o exercício regular de suas atividades, mas para desvios ou aventuras de seus titulares, não fosse obstáculo para a concretização de um crédito. A ideia do uso dessa teoria é de que a pessoa jurídica não seja utilizada para fins indevidos e sim para atingir o seu fim específico, que seria o desenvolvimento econômico e social.

Parte da doutrina entende que o nascedouro da teoria da desconsideração da pessoa jurídica ocorreu em 1897, no caso *Salomon versus Salomon & CO*, na Inglaterra.

Aaron Salomon, com o intuito de formar uma sociedade ficta (*company*) reservou para si a quantia de vinte mil ações integralizadas com seu estabelecimento comercial de couros e calçados, enquanto que aos demais seis membros da família – também sócios fundadores - fora concedida apenas uma ação para cada. Ficou claro para os credores do antigo estabelecimento comercial que Salomon queria desviar para a nova empresa o capital⁴. Capital este que era a única garantia patrimonial que Salomon possuía.

De valia destacar que a tese dos credores, no sentido de alcançar os

² COUTO E SILVA, Alexandre. **Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro**. São Paulo: LTR, 2009.p 134-135.

³ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 14-15.

⁴ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva.

bens do sócio (Aaron Salomon), foi aceita em primeira instância, mas reformada pela *House of Lords*, que entendeu perfeita a constituição da sociedade e a consequente separação patrimonial.

Em sentido diverso, Suzy Koury destaca que “(...) já em 1809 as cortes levantaram o véu e consideraram as características dos sócios individuais.”⁵. O caso Salomon, julgado em 1897 pela *House of Lords*, não poderia, portanto, ser visto como a primeira manifestação sobre a teoria estudada, tendo em vista que seu julgamento se deu oitenta e oito anos após o caso norte-americano (*Bank of United States versus Deveaux*).

Independentemente da origem histórica que for adotada, o que se percebe é a unanimidade quanto ao nascimento dessa teoria no Common Law. No século XIX, diante das mutações necessárias ao Direito, a doutrina e a jurisprudência passaram a se preocupar com a utilização da pessoa jurídica de maneira diversa daquelas consideradas pelo ordenamento jurídico para o reconhecimento desses seres dotados de existência autônoma.

No Brasil, a teoria foi introduzida por Rubens Requião, com a obra “*Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*”, em que ele sustentava a compatibilização entre esta teoria e o direito brasileiro, uma vez que não havia qualquer previsão expressa no ordenamento pátrio neste sentido. Com o tempo, o instituto foi sendo incorporado ao sistema jurídico brasileiro, através da doutrina e jurisprudência.

A primeira notícia que se tem sobre a aplicação deste instituto pelo Poder Judiciário brasileiro, informa Alexandre Couto e Silva⁶, ocorreu em 25 de fevereiro de 1960. A decisão prolatada pelo Juiz Antônio Pereira Pinto, da 11ª Vara Cível do Distrito Federal, constatou o abuso de direito por meio

1979. p. 143.

⁵ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (desregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 45-46.

⁶ COUTO E SILVA, Alexandre. Aplicação da **Desconsideração da Personalidade Jurídica no**

da sociedade anônima, *“em que acionista se serviu da sociedade para prejudicar fraudulentamente terceiros, prescindindo-se da existência da sociedade, entendendo que o ato foi praticado diretamente pelo acionista interessado.”* Nesse caso, a aplicação da teoria da desconsideração ocorreu para responsabilizar os sócios, que se escondiam por trás da empresa, perante terceiros.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica dos entes coletivos acabou se consolidando como uma forma eficiente de combater o tráfico negocial. O professor José Tadeu Neves Xavier⁷ ensina que a jurisprudência tratou de inserir esse conceito no sistema jurídico, ainda que carente de previsão normativa.

A Lei 8078/90, conhecida como Código de Proteção e Defesa do Consumidor, foi o primeiro texto legal, brasileiro, a prever a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica das empresas. Na mesma década de 90, outras duas leis surgiram no ordenamento jurídico prevendo essa possibilidade: a lei 8.884/94 que dispõe sobre a repressão às infrações contra a ordem econômica, que repetiu o texto do caput do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. Já a lei que regula a responsabilidade por lesões ao meio ambiente, Lei 9.605/98, estatui em seu art. 4º que *“poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”*

Entretanto, as três legislações destacadas tratavam de matéria específica e que, por óbvio, não poderiam servir de cláusula geral para a aplicação da teoria da desconsideração. Entre os três, o que causou maior furor doutrinário foi o Código de Defesa do Consumidor, sendo alvo de muitas e rígidas críticas.

Direito Brasileiro. São Paulo: LTR, 2009.p. 134-135.

⁷ XAVIER, José Tadeu Neves. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.379, maio/jun. 2005, p. 143-155.

Fábio Ulhoa Coelho, ao comentar esta inovação legislativa apontou que *“contudo, tais são os desacertos do dispositivo em questão que pouca correspondência se pode identificar entre ele e a elaboração doutrinária a teoria”*⁸. Leandro Zanitelli foi além, destacando o que, em sua opinião, tratava-se de um dispositivo inútil:

[...] afora isso, resta observar a total inutilidade deste dispositivo e, até mesmo, o seu aspecto pernicioso. Não era preciso determinar, em expresso dispositivo de lei, que o abuso da pessoa jurídica deve ser sancionado com a desconsideração, simplesmente porque esse já era o entendimento consagrado na época, entendimento que encontra justificativa na própria relatividade dos direitos e demais situações subjetivas. Perniciosa, a intervenção legislativa, porque realizada no âmbito de um microsistema, dando assim, vazão ao argumento de que, em outros setores do Direito Privado, não pertencentes ao restrito universo do Direito do Consumidor, a desconsideração, mesmo em face do abuso, não seria permitida.⁹

José Tadeu Neves Xavier se posiciona em sentido diverso, entende que as críticas ao legislador são exageradas e não contribuem para aplicação da teoria. Na opinião dele as observações críticas foram exageradas, pois, apesar da inequívoca falta de aprimoramento do texto consumerista nesta questão, o tema deve ser analisado de forma a se extrair dele o entendimento mais consentâneo com o sentido finalístico da norma tuitiva. *“É preciso que se proporcione uma análise construtiva, buscando luzes que venham a tornar mais nítida a utilidade e a devida aplicação do artigo 28 do CDC. Essa é a tarefa da doutrina, ou seja, a construção para otimizar os textos normativos desprovidos de clareza”*.¹⁰

O novo Código Civil foi elaborado inicialmente na década de setenta, sob a presidência de Miguel Reale. Das diversas novidades apresentadas no novo texto, desperta a atenção à normatização genérica da teoria da

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito Comercial**, 2º vol., São Paulo: Saraiva, 1999. p.49.

⁹ ZANITELLI, Leandro. Abuso da Pessoa Jurídica e Desconsideração, **Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis**. mar/jul 2000, vol. III, p. 198/199.

¹⁰ XAVIER, José Tadeu Neves. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Revista Forense S.A, v.379, maio/jun. 2005, p. 143-155.

desconsideração da personalidade jurídica, em seu artigo 50, que assim dispõe:

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

Alexandre Couto Silva¹¹ explica que para que se possa aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é necessário que o ordenamento jurídico considere a da sociedade como distinta da personalidade de seus membros. Nesse aspecto, o abuso da personalidade jurídica é possível, precisamente, graças ao caráter instrumental que tem o reconhecimento da personalidade jurídica como aparato técnico oferecido pela lei à obtenção de finalidade ilícita que os indivíduos por si sós não poderiam conseguir. Diante disso, esse instituto jurídico pode dar lugar a um uso indevido.

Quando isso ocorre e a lei permanece silenciosa, a jurisprudência, principalmente a americana e alemã, tem reagido, decretando o afastamento da pessoa jurídica para penetrar a fundo e chegar até as pessoas individuais que se ocultam atrás do apartamento.¹²

Em 2002, o Código Civil, ao contemplar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, veio tipificar algo que já vinha sendo aplicado há muitos anos pela jurisprudência. Estabeleceu-se, assim, o artigo 50 do Código Civil que prevê a possibilidade de aplicação da teoria, nos casos em que caracterizados o abuso da personalidade jurídica. Das diversas novidades apresentadas no novo texto, a que desperta mais atenção é a normatização genérica da teoria da desconsideração da personalidade

¹¹ SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora LTR, 2009. p. 26.

¹² SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora LTR, 2009. p. 26.

jurídica.

A redação inicialmente apresentada foi a seguinte: *'a pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinaram a sua constituição para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que caberá ao juiz, a requerimento do lesado, ou do Ministério Público, decretar-lhe a dissolução.'*

Esta proposta de normatização da teoria da desconsideração, como não poderia deixar de ser, foi alvo de várias e severas críticas por parte de nossos doutrinadores, mormente por vincular a figura da desconsideração com a dissolução da sociedade.¹³

Tanto a doutrina comercialista como a civilista apresentaram suas críticas ao texto legal. José Lemartine Corrêa de Oliveira, em análise ao texto proposto para a Parte Geral do Projeto de Código Civil, fez algumas observações ao artigo em questão:

O art. 49, na esteira da experiência fornecida pelo Direito Comparado, procurou coibir a chamada 'fraude por meio da pessoa jurídica' ou 'abuso da personalidade jurídica'. Bem teria andado se tivesse a Comissão se limitado à norma do parágrafo único, que, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, manda responder em tais casos, pelas dívidas 'conjuntamente com os da com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração.'. Até aí tudo muito bem. O que não se concebe, porém, é que, para se sanar a lesão de que a pessoa jurídica foi vítima, pois seu nome foi utilizado, em proveito próprio, por sócios ou administradores desonestos, seja a pessoa jurídica dissolvida. E é isso, nada mais, nada menos, que é autorizado pelo 'caput' do mencionado art. 49, que permite a dissolução da pessoa jurídica de que se abusou, a requerimento do lesado ou do Ministério Público, e por decisão judicial. Cura-se a doença cortando-se a cabeça do doente. Acode-se ao lesado tirando-se-lhe a vida. Urge retirar ao Anteprojeto o perigoso radicalismo dessa sanção de dissolução.¹⁴

¹³ XAVIER, José Tadeu Neves. **A teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Novo Código Civil**. Revista da Ajuris. Ano XXX. Editora Ajuris, n° 89, mar/2003.

¹⁴ OLIVEIRA, José Lemartine Corrêa de. **A Parte Geral no Anteprojeto de Código Civil**. V. 466, RT, 1974. p. 276.

Miguel Reale absorveu as críticas e modificou a redação inicial do dispositivo, que passou a ser a seguinte:

“A pessoa jurídica não pode ser desvirtuada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade.”.

O novo texto inovou em relação ao anterior, alterando a legitimidade do pedido de descon sideração da pessoa jurídica para os sócios, afastando a legitimidade do lesado. Entretanto, como refere Fábio Ulhoa¹⁵ Coelho, novamente a teoria da descon sideração da pessoa jurídica não foi devidamente traduzida no texto projetado que introduziu a sanção de exclusão do sócio responsável – diversa da sanção decorrente do desconhecimento da autonomia da pessoa jurídica, que é a ineficácia episódica de seu ato constitutivo – tornando alternativa a sanção da dissolução da sociedade.

O jurista Rubens Requião se manifestou em sentido contrário a esta proposição argumentando que *“o anteprojeto havia dado solução diferente, determinando a dissolução da sociedade. Mas isso, como contraditamos na ocasião, importava em punir os demais sócios atingidos. Não seria justo. A comissão, porém, embora melhorando o texto, não acolheu a doutrina em toda sua pureza.”*¹⁶

A crítica apresentada pelo autor se resume em dois tópicos: o primeiro no sentido de que não se pode conferir legitimidade nem ao Ministério Público, tendo em vista que o problema é todo de interesse privado, nem aos sócios, que são terceiros no problema creditício, mas deve ser conferida ao credor insatisfeito despidido de garantia em relação ao patrimônio do devedor. O segundo tópico está relacionado com a ideia de

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da Pessoa Jurídica**, São Paulo: RT, 1989, p.51.

¹⁶ REQUIÃO, Rubens. **Projeto de Código Civil: Apreciações Críticas Sobre a Parte Geral e o Livro I (Das Obrigações)**. V. 477, RT, 1975. p.20.

que a doutrina da desconsideração deve ser acolhida em sua pureza, não se trata de dissolver a sociedade, mas de deixar de levar em conta, no caso concreto, a sua autonomia.

Insatisfeito com o rumo que estava sendo seguido para a normatização da teoria da desconsideração, Rubens Requião apresentou a seguinte proposta de redação para o art. 48 do Projeto de Código Civil:

A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinaram a sua constituição, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos ou abusivos do sócio. Neste caso, o juiz, desconsiderando a existência da personalidade jurídica, a pedido do credor do sócio, poderá permitir a efetivação de sua responsabilidade sobre os bens incorporados na sociedade para sua participação no capital social.

A saída apresentada pelo jurista não foi bem aceita pela doutrina, pois restringia a teoria da desconsideração aos casos em que ela servia para atender às pretensões dos credores particulares dos sócios. Nessas situações, os tribunais já encontravam a solução através da penhora de cotas e das ações da sociedade por dívidas pessoais.

O professor José Tadeu lembra que ao elaborar a sua proposta o autor ressaltou expressamente que: *“a verdade original da doutrina é que ao penetrar na personalidade jurídica, desestimulando-a, o juiz não anula a sociedade, que continua normalmente as suas atividades, apenas desfalcando dos bens do sócio fraudulentamente nela incorporados”*. O texto apresentado não representa a original teoria da desconsideração da personalidade jurídica, mas sim se aproxima da chamada “teoria da desconsideração inversa”, muitas vezes utilizada em questões relativas ao Direito de Família, quando são buscados na pessoa jurídica bens desviados do patrimônio pessoal de um dos cônjuges (sócio ou não), no intuito de fraudar a meação ou a prestação de alimentos.¹⁷

Em que pese às duras críticas feitas pela doutrina, a Câmara dos

¹⁷ XAVIER, José Tadeu Neves. **A teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Novo Código Civil**. Revista da Ajuris. Ano XXX. Editora Ajuris, n° 89, mar/2003.

Deputados aprovou a redação proposta por Rubens Requião, relativa à normatização da teoria da desconsideração, em 1984. Posteriormente, Josaphat Marinho apresentou a redação ao art. 50 do Projeto de Código Civil, nos exatos termos do aprovado e que hoje rege a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. O relator assim justificou a emenda: “O art. 50 do Projeto vai além da desconsideração da personalidade jurídica, pois admite, 'tais sejam as circunstâncias, a dissolução da sociedade'. Mas o art. 51 trata dos 'casos de dissolução da pessoa jurídica' ou da cassação da autorização para seu funcionamento.” Convém, portanto, caracterizar a 'desconsideração' em artigo substitutivo.¹⁸ Os doutrinadores que julgam essa providência admissível no direito brasileiro esclarecem, geralmente, que ela não envolve a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito em caso concreto.¹⁹

Nesse sentido, vale esclarecer, como fez Fábio Konder Comparato²⁰ que a desconsideração da pessoa jurídica não envolve despessoalização, pois na primeira subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componentes, mas esta distinção é afastada, provisoriamente e tão só no caso concreto.

Nesse sentido, verifica-se que o Código Civil de 2002, não deixou espaços para interpretações esquizofrênicas, deixando bem clara a existência de diferenças entre despessoalização e desconsideração da pessoa jurídica.

A doutrina comercialista, encabeçada por Fábio Ulhoa Coelho, separou a teoria da desconsideração da pessoa jurídica em dois postulados distintos, relacionados com o número de requisitos e a possibilidade de

¹⁸ XAVIER, loc. cit.

¹⁹ REQUIÃO, Rubens. **Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica**. Revista. dos Tribunais. V. 410, dez/1969, p. 12-17.

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.283.

aplicação dessa teoria, são a Teoria Menor e a Teoria Maior da Desconsideração da Pessoa Jurídica.

A teoria menor da desconsideração dispensa raciocínio mais acurado para a incidência do instituto, bastando que a diferenciação patrimonial da sociedade e sócio se afigure como obstáculo à satisfação de credores.

Ela reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial, quando referente a sociedades empresárias. O seu pressuposto é simplesmente o desatendimento de crédito titularizado perante a sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta. De acordo com a teoria menor da desconsideração, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela. A formulação menor não se preocupa em distinguir a utilização fraudulenta da regular do instituto, nem indaga se houve ou não abuso de forma.²¹ Essa teoria se refere à desconsideração da pessoa jurídica em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, cuja tendência é condicionar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação de crédito perante a sociedade. O prejuízo do credor basta para afastar a autonomia patrimonial.

Já a Teoria Maior da Desconsideração da Pessoa Jurídica prevê que a desconsideração não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento das obrigações. Ou seja, o mero inadimplemento das obrigações não é suficiente para que seja ignorada a autonomia patrimonial e atacado o patrimônio dos sócios.

Há, no direito brasileiro, na verdade, duas teorias da desconsideração. De um lado, a teoria mais elaborada, de maior consistência e abstração, que condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização de manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto.²²

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol.2. 8 ed, São Paulo: Saraiva, 2005. p.42.

²² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 2, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Exige-se, como visto, além da prova de insolvência da sociedade, a demonstração de desvio de finalidade ou a comprovação da confusão patrimonial, nos termos do artigo 50, do Código Civil. A regra é que a autonomia patrimonial seja afastada pelos magistrados em casos excepcionais, apenas para o combate à fraude e aos abusos praticados pelos sócios.

É importante destacar que a *disregard doctrine* é exceção e não a regra, prevalecendo sempre a ideia de autonomia patrimonial da pessoa jurídica quando forem obedecidos os limites fixados pelo ordenamento jurídico. Deve ser respeitada a sua forma, atendendo-se à vontade do legislador, e operando-se a desconsideração da pessoa jurídica apenas quando visualizados os requisitos para sua aplicabilidade, sob pena do descrédito do instituto.

3 A EXECUÇÃO TRABALHISTA, A EXECUÇÃO FISCAL E A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Tem-se entendido que hoje, mais do que em qualquer outra época, amparar o trabalhador, o cidadão que, com seu esforço, ajuda a gerar as riquezas provenientes da produção e comercialização de bens e serviços, deve constituir um dos objetivos mais destacados da comunidade jurídica. Entretanto, tal amparo não pode ser interpretado como absoluto, há necessidade de se dosar a amplitude desta proteção, sob pena de gerar insegurança jurídica e desestimular os empresários.

Nesse aspecto, o Princípio da Proteção do Trabalhador foi inspirado no propósito de igualdade, respondendo ao objetivo de estabelecer um amparo de preferência à parte mais fragilizada da relação de trabalho, que é o empregado.

Para Sérgio Pinto Martins²³ o verdadeiro princípio do direito do

p.35.

²³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 32. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p

processo do trabalho é o da proteção. Assim como no direito do trabalho, em que as regras são interpretadas, mas favoravelmente ao empregado, no caso de dúvida no processo do trabalho, também vale o princípio protecionista, porém analisado sob o aspecto do direito instrumental.

Maurício Godinho Delgado ensina que este princípio demonstra que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia, visando retificar no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. *“Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justifica histórica e cientificamente.”*²⁴

Com efeito, os princípios basilares do direito do trabalho, e, conseqüentemente do processo do trabalho, nos mostram que, com o objetivo de proteger a parte hipossuficiente na relação, devem-se analisar os axiomas interpretativos de forma mais benéfica ao que é prejudicado na relação de trabalho, este é o real significado do princípio da proteção. Por esta razão que o processo do trabalho é unificado, ou seja, nele está incluso o procedimento de conhecimento e de execução do direito reconhecido.

A prestação jurisdicional não se limita apenas no momento em que o

111.

²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo. LTr, 2011. p. 315.

juízo conhece ou não o direito das partes, mas sim, se estende até a plena efetivação deste direito. E sem dúvida que a efetivação do direito não se dá sem as garantias de que a parte sucumbente cumprirá com as obrigações derivadas deste encargo. Contudo, o que se vê na prática, é que não se trata da confiança que as partes têm no juízo de primeiro grau, mas sim, no objetivo racionalizado como um imperativo da mais inequívoca justiça. Ou seja, as partes têm como objetivo satisfazer o seu desejo, isto é, obter o pronunciamento favorável à sua pretensão, e, sim, em segundo lugar, saber realmente qual seria o “resultado mais justo”. Além disso, é necessário entender-se que, no caso da Justiça do Trabalho se está tratando de situações em que, na maioria das vezes, as classes sociais são desproporcionais economicamente.

O Princípio da Proteção, conforme mencionado anteriormente, sem dúvida é a chave para muitas decisões, e que responderia a maioria dos questionamentos feitos sobre as divergências que ocorrem na prática trabalhista. Resta saber até que ponto a aplicação deste Princípio não inverte a situação, deixando de buscar o equilíbrio entre as partes, e deixando as empresas e seus sócios em situação de fragilidade em relação ao empregado.

Gaysita Schaan Ribeiro²⁵ faz uma explanação explicando que a interpretação das normas e dos institutos jurídicos vai além de descobrir a vontade do legislador ou cumprir a literalidade da lei, mas requer uma constante releitura e aprimoramento do conhecimento e das concepções de realidade.

Na desconsideração da personalidade jurídica, à luz do direito do trabalho, por se privilegiar o empregado, existe uma maior amplitude da incidência da desconsideração, já que se procura evitar situações de

²⁵ RIBEIRO, Gaysita Schaan. A desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução Trabalhista: Análise dos Fundamentos Jurídicos. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, v.20, n°239, mai/2009, p.12-26.

possíveis abusos.

O que se espera com a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é evitar possíveis situações de abuso, combatendo o mau uso da pessoa jurídica. Os magistrados estão aplicando a teoria da desconsideração sem nenhum constrangimento, buscando um meio legal que possibilite o andamento mais eficaz das execuções nos processos trabalhistas.

Hermiliano de Oliveira Santos²⁶ explica que a natureza alimentar das verbas justifica a imperiosa necessidade de privilegiar sua execução pelo emprego de todos os meios processualmente lícitos e capazes de tornar efetiva e concreta a prestação jurisdicional, como uma responsabilidade indelegável do Poder Judiciário.

Para que se tenha a satisfação do crédito trabalhista, não basta uma sentença condenando o réu ao pagamento, a efetividade depende da quitação do débito por parte do executado, sendo neste momento realizada a apuração dos bens suscetíveis de garantir o crédito e que corriqueiramente se verifica a inexistência de patrimônio suficiente para saldar a dívida.²⁷

Quando, então, esgotadas as possibilidades de executar a sociedade em razão de não existirem bens ou sendo estes insuficientes, abre-se a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica da empresa reclamada, ignorando a autonomia patrimonial, buscando a satisfação do crédito nos bens particulares dos sócios.

Possível verificar que o entendimento é que a inexistência de bens disponíveis da sociedade para honrar seus passivos trabalhistas justifica o redirecionamento da execução contra seus sócios, até mesmo de ofício, em face da natureza alimentar desse crédito, da hipossuficiência do trabalhador

²⁶ SANTOS, Hermiliano de Oliveira. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p.164.

²⁷ NASCIMENTO, Amanda Gomeas do. **A desconsideração da pessoa jurídica na execução**

e também porque o risco do empreendimento cabe ao empregador.

Exauridas as possibilidades de excutir a dívida da sociedade, tem-se que o redirecionamento da execução aos sócios da reclamada se encontra correto. Nestes termos, é admissível a desconsideração da personalidade jurídica da empresa para que se proceda ao redirecionamento da execução contra os bens pessoais dos sócios, de forma a se garantir a satisfação do crédito trabalhista do exequente (verba de natureza alimentar), mesmo que os requisitos do art. 50 do Código Civil não estejam amplamente demonstrados.

No que se refere à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal, o tratamento é bastante diferenciado, na medida em que não existem mais as figuras de empregador e empregado. Na execução fiscal os polos são ocupados pelo Fisco (exequente) e pelo contribuinte (empresa executada).

Diante disso, como regra geral, tem-se que, em princípio, o tributo deve ser cobrado da pessoa que pratica o fato gerador. No entanto, existem situações em que o Estado precisa cobrar o tributo de uma terceira pessoa, que não pratica o fato gerador, que será o sujeito passivo indireto.²⁸

A atribuição de responsabilidade a terceiro não é presumida ou implícita. Ela decorre necessariamente de dispositivo do CTN ou da legislação ordinária que assim determine. A par da norma tributária que estabelece a obrigação do contribuinte tem-se, ainda, uma norma impondo a responsabilidade tributária a outra pessoa.²⁹ O responsável integra a relação jurídico-tributário como devedor de um tributo, sem possuir relação pessoal e direta com o respectivo fato gerador. Entretanto, não é autorizado ao legislador definir arbitrariamente como sujeito passivo pessoa totalmente alheia àquela situação que a lei define como fato gerador de tributo.

trabalhista. Porto Alegre, n. 277, Jan/2007. p.61.

²⁸ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário.** 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

²⁹ PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário.** 5 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre:

Percebe-se essa limitação da simples leitura do artigo 128 do CTN.³⁰ A lei, portanto, não pode atribuir a responsabilidade tributária pelo pagamento de tributo a qualquer pessoa como sendo terceiro responsável, em razão do que dispõe o artigo 128, que complementa e esclarece o artigo 121 parágrafo único, II, todos do CTN.³¹

Como decorrência do dispositivo (art. 128, CTN), a pessoa a quem o legislador atribui a responsabilidade deve ser vinculada ao fato gerador da obrigação tributária. Também não se pode esperar uma relação direta e pessoal com o fato gerador, devendo ser observada a intensidade do vínculo, para que o responsável, sujeito passivo, não seja confundido com a figura do contribuinte.³²

A mera vinculação, contudo, de uma pessoa com o fato gerador de uma obrigação tributária não é suficiente para defini-la como responsável pelo pagamento deste tributo. Sempre é necessária expressa disposição legal atribuindo a alguém tal condição, pois ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.³³

Eduardo Sabbag divide a responsabilidade tributária em dois aspectos. Responsabilidade por substituição e responsabilidade por transferência. Refere que na responsabilidade por substituição a lei determina que o responsável ocupe o lugar do contribuinte, de forma que o responsável já é sujeito passivo desde a ocorrência do fato gerador.³⁴

Já a responsabilidade por transferência ocorre quando, por expressa previsão legal, a ocorrência de um fato, posterior ao surgimento da obrigação, transfere a um terceiro a condição de sujeito passivo da

Livraria do Advogado Editora, 2013.

³⁰ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 2. Ed. Atual. Ampl. São Paulo.: Método, 2008.

³¹ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

³² ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 2. Ed. Atual. Ampl. São Paulo.: Método, 2008.

³³ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 2. Ed. Atual. Ampl. São Paulo.: Método, 2008.

³⁴ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

obrigação tributária, que até então era ocupada pelo contribuinte.³⁵ Nesse caso, *‘o contribuinte não é ignorado, havendo a mudança de sujeito passivo em momento posterior.’*³⁶

No artigo 135 do Código Tributário Nacional é retomado um assunto já tratado em seu artigo 131, qual seja, a pessoalidade da responsabilidade de terceiros.³⁷ Trata-se do comando afeto à responsabilidade pessoal exclusiva das pessoas discriminadas em seus incisos, além daquelas discriminadas nos incisos do artigo 134, quando agirem, na relação tributária, com excesso de poderes ou infração a lei.³⁸

Na hipótese de os terceiros referidos no artigo 134 do CTN darem ensejo ao surgimento do crédito tributário, praticando atos com excesso de poderes ou infração a lei, contrato social ou estatutos, sua responsabilidade será pessoal, ou seja, exclusiva (135, I). O mesmo se aplica aos mandatários, prepostos e empregados (135, II) e dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado (135, III). *“Este último caso, aliás, é a hipótese de responsabilidade tributária mais aplicada e discutida no direito brasileiro.”*³⁹

No caso do artigo 135 do CTN, o contribuinte é vítima de atos abusivos, ilegais ou não autorizados, cometidos por aqueles que o representam, razão pela qual se procura responsabilizar pessoalmente tais representantes, ficando o contribuinte afastado da relação obrigacional.⁴⁰

Para que a responsabilidade se desloque do contribuinte para terceiro, é preciso que o ato praticado escape totalmente das atribuições de gestão ou administração, o que frequentemente se dá em situações nas quais o representado ou administrado é, no plano privado, assim como o

³⁵ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

³⁶ FARIA, Luiz Alberto Gurgel; FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Código Tributário Nacional comentado**. 4. Ed. São Paulo: RT, 2007.

³⁷ AMARO, Luciano. **Direito Tributário brasileiro**. 16.ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁸ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

³⁹ PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**. 5 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 157.

Fisco, no plano público, vítima de ilicitude praticada pelo representante ou administrador.⁴¹

De fato, no artigo 135 do CTN, a responsabilidade se pessoaliza, ou seja, torna-se plena, rechaçando o benefício de ordem e fazendo com que o ônus não recaia sobre o contribuinte, mas pessoalmente, sobre o responsável citado quando houver excesso de poderes ou infração a lei, contrato social ou estatutos.⁴²

Pode-se dizer, portanto, que da análise do art. 135, que *“podem ser pessoalmente responsáveis: as pessoas referidas no artigo anterior; os mandatários, prepostos e empregados; os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”*⁴³, mediante prova cabal de dolo ou fraude nas ações protagonizadas pelos terceiros responsáveis.

4 CONCLUSÃO

A origem das sociedades remonta para tempos muito distantes. Sociedades, em sua forma mais simplificada, foram identificadas no direito babilônico, no direito fenício, no grego e em outros mais. A sociedade por quotas de responsabilidade limitada é bem mais recente do que os demais tipos societários. No final do século XIX, na Alemanha, os modelos existentes não mais atendiam aos anseios e as preocupações dos comerciantes que, em razão da pouca quantidade de capital que possuíam, não poderiam, ou não queriam, adotar a forma de sociedade anônima, inclusive em razão da dificuldade de se iniciar as atividades com este formato.

A Responsabilidade Limitada no Brasil surgiu com o projeto apresentado pelo Deputado Joaquim Luis Osório, inspirado no direito

⁴⁰ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

⁴¹ AMARO, Luciano. **Direito Tributário brasileiro**. 16.ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴² SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

⁴³ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 745.

alemão, com o Decreto nº: 3.708, de 19 de janeiro de 1919. Esse decreto vigorou até as mudanças estabelecidas pelo Código Civil de 2002. O número de sociedades limitadas em funcionamento supera qualquer outro não apenas pelo aspecto da funcionalidade, mas essencialmente pelo modelo que permite a combinação de esforços que visam o lucro.

Existem divergências quanto à origem histórica da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, mas o que não se discute é que sua origem se encontra na aplicação jurisprudencial e construções doutrinárias. A jurisprudência aplicava esta teoria ainda que carente de previsão normativa. Somente na década de 90, com a Lei 8078/90, conhecida como Código de Proteção e Defesa do Consumidor ou simplesmente CDC, é que a responsabilização dos sócios pelos danos causados pela pessoa jurídica ocupou lugar na legislação. O Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro texto legal, brasileiro, a prever a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica das empresas.

Na mesma década de 90, outras duas leis surgiram no ordenamento jurídico prevendo essa possibilidade: a lei 8.884/94 que dispõe sobre a repressão às infrações contra a ordem econômica, que repetiu o texto do caput do art. 28 do CDC. Já a lei que regula a responsabilidade por lesões ao meio ambiente, Lei 9.605/98, estatui em seu art. 4ª que *“poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”*

Todas essas previsões normativas específicas culminaram na previsão genérica da desconsideração da personalidade jurídica insculpida no artigo 50 do Código Civil.

Como regra geral, em uma sociedade limitada, a responsabilidade dos sócios é subsidiária, tendo em vista a obrigatoriedade de se fazer alcançar primeiro o patrimônio da empresa, não podendo alcançar o

patrimônio dos sócios sem que haja o esgotamento do patrimônio empresarial.

A necessidade de esgotamento dos bens da sociedade para que só aí a execução possa ser direcionada ao patrimônio individual dos sócios serve como estímulo e explica por que esse tipo de sociedade se popularizou de forma tão rápida, apesar de sua história relativamente recente.

O eventual credor deve estar consciente de que a garantia de recebimento dos seus créditos está restrita ao valor do capital social dela, pois a responsabilidade dos sócios limita-se ao capital integralizado. Entretanto, diante de irregularidades, a regra da “irresponsabilidade” dos sócios e mesmo a regra da subsidiariedade desaparecem, podendo o credor dirigir seus esforços à execução do patrimônio pessoal do sócio.

Em 2002, o Código Civil, ao contemplar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, veio tipificar algo que já vinha sendo aplicado há muitos anos pela jurisprudência. Estabeleceu-se, assim, o artigo 50 que prevê a possibilidade de aplicação da teoria, nos casos em que caracterizados o abuso da personalidade jurídica.

A doutrina comercialista separou a teoria da desconsideração da pessoa jurídica em dois postulados distintos, relacionados com o número de requisitos e a possibilidade de aplicação dessa teoria, são a Teoria Menor e a Teoria Maior da Desconsideração da Pessoa Jurídica.

A teoria menor da desconsideração dispensa raciocínio mais acurado para a incidência do instituto da desconsideração da pessoa jurídica, bastando que a diferenciação patrimonial da sociedade e sócio se afigure como obstáculo à satisfação de credores. Essa é a forma com que os Tribunais Regionais do Trabalho, em especial o da 4ª Região, estão aplicando a Teoria da Desconsideração.

A teoria maior da Desconsideração da Pessoa Jurídica prevê que a

desconsideração não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento das obrigações. Ou seja, o mero inadimplemento das obrigações não é suficiente para que seja ignorada a autonomia patrimonial e atacado o patrimônio dos sócios.

A teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica possui alguns requisitos. A aplicabilidade do instituto da desconsideração exige prova robusta da atuação fraudulenta ou do abuso de poder dos sócios, dado o convencimento de que a insolvência isoladamente não acarreta a aplicação do instituto, condicionado à constatação de efetivo desvio de finalidade, e/ou confusão patrimonial.

No direito do trabalho, a jurisprudência optou pela aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica tendo em vista a hipossuficiência do empregado em relação ao empregador.

O princípio da Proteção do Trabalhador foi inspirado no propósito de igualdade, respondendo ao objetivo de estabelecer um amparo de preferência à parte mais fragilizada da relação de trabalho, que é o empregado. Essa inferioridade autorizou o legislador e autoriza a jurisprudência a tratar de forma distinta as partes da relação empregatícia, sem que isto represente afronta aos princípios constitucionais da isonomia e igualdade. O princípio da proteção tem por objetivo proteger uma certa categoria de pessoas, fazendo com que se busque nivelar as desigualdades jurídicas entre empregador e empregado.

A necessidade da aplicação deste princípio para que ocorra a devida proporcionalidade jurídica nas relações de trabalho, decorre da desigualdade econômica, desfavorável ao trabalhador. Quando se trata de ação trabalhista, necessariamente se remete à competência prevista no art. 114, da CRFB/88 para o processo do trabalho. Neste prisma, não há que se olvidar sobre o caráter célere deste procedimento, em razão da busca pela plena satisfação dos interesses do credor alimentício.

Na desconsideração da personalidade jurídica a luz do direito do trabalho, por se privilegiar o empregado, existe uma maior amplitude da incidência da desconsideração, já que se procura evitar situações de possíveis abusos.

O que se espera com a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é evitar possíveis situações de abuso, combatendo o mau uso da pessoa jurídica. Os Tribunais estão aplicando a teoria da desconsideração sem nenhum constrangimento, buscando um meio legal que possibilite o andamento mais eficaz das execuções nos processos trabalhistas.

Já no direito tributário a regra da responsabilidade possui natureza própria. Inicialmente, o contribuinte é quem tem a responsabilidade pelo recolhimento do tributo, entretanto, o legislador criou algumas situações em que ora o contribuinte é afastado e não responde pelo crédito e ora ele responde em conjunto com outra pessoa.

A responsabilidade de terceiros devedores está disciplinada nos arts. 134 e 135 do CTN. Esta responsabilidade não se prende à transmissão patrimonial, como se nota na responsabilidade por sucessão, mas no dever de zelo, legal ou contratual, que certas pessoas devem ter com relação ao patrimônio de outrem.

A responsabilidade de que cuida o artigo 135, III, do CTN, pressupõe uma situação de descumprimento grave da lei, do contrato social ou dos estatutos em ato que sequer poderia tomar como constituído ato regular da sociedade e do qual decorra a obrigação tributária objeto da responsabilidade, este é o motivo de tal responsabilidade ser pessoal.

A responsabilidade do sócio ou gerente por débitos fiscais, provenientes de um ato ilícito administrativo tributário formal ou material permite, por via reflexa, a aplicabilidade da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, que autoriza que o magistrado desconsidere os efeitos da

autonomia jurídica e patrimonial da sociedade para alcançar o patrimônio dos administradores, com o escopo de ilidir a consumação de fraudes e abusos de direito cometidos, em nome da sociedade, que causem prejuízos a terceiros.

Como visto a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não deve ser vista de forma isolada, ela deve ser entendida e aplicada em conjunto com as demais regras e normas que regem o ordenamento jurídico. Como no direito do trabalho, no direito tributário a teoria é utilizada observando os princípios e regras estabelecidas. Enquanto na execução trabalhista o princípio da proteção permite que a desconsideração seja utilizada com mais facilidade, no direito tributário não deve restar dúvida quanto à responsabilidade dos sócios ou administradores.

A utilização da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica sem a observação de seus requisitos torna sua aplicação inócua e acarretará, ao fim e ao cabo, na defasagem desse instituto que, sabidamente, contribui para que os credores, de um modo geral, tenham a satisfação de seu crédito.

5 REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**. 2. Ed. Atual.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário brasileiro**. 16.ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 2, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da Pessoa Jurídica**, São Paulo: RT, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COUTO E SILVA, Alexandre. **Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro**. São Paulo: LTR, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo. LTr, 2011.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel; FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Código Tributário Nacional comentado**. 4. Ed. São Paulo: RT, 2007.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (desregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 32. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Amanda Gomeas do. **A desconsideração da pessoa jurídica na execução trabalhista**. Porto Alegre, n. 277, Jan/2007.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva. 1979.

OLIVEIRA, José Lemartine Corrêa de. **A Parte Geral no Anteprojeto de Código Civil**. V. 466, RT, 1974.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**. 5 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica**. Revista. dos Tribunais. V. 410, dez/1969.

REQUIÃO, Rubens. **Projeto de Código Civil: Apreciações Críticas Sobre a Parte Geral e o Livro I (Das Obrigações)**. V. 477, RT, 1975.

RIBEIRO, Gaysita Schaan. **A desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução Trabalhista: Análise dos Fundamentos Jurídicos**. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, v.20, nº239, mai/2009.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

SANTOS, Hermiliano de Oliveira. **Desconsideração da personalidade**

jurídica no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2003.

XAVIER, José Tadeu Neves. **A teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Novo Código Civil.** Revista da Ajuris. Ano XXX. Editora Ajuris, nº 89, mar/2003.

XAVIER, José Tadeu Neves. **A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil.** Revista Forense, Rio de Janeiro, Revista Forense S.A, v.379, maio/jun. 2005.

ZANITELLI, Leandro. **Abuso da Pessoa Jurídica e Desconsideração,** Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis. mar/jul 2000, vol. III.

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA AOS CULTOS E À LIBERDADE DE CRENÇA EM UM ESTADO LAICO

Fabiane Simioni¹

RESUMO: A proposta desse ensaio é analisar a imunidade tributária conferida aos templos de qualquer culto. Para tanto, discuto a imunidade conferida no artigo 150, inciso VI, alínea “b” da Constituição Federal de 1988, a partir da afirmação do Estado brasileiro enquanto um Estado laico. A análise das imunidades tributárias relativas aos templos de qualquer culto religioso tem como pressuposto jurídico-constitucional a necessidade de respeito aos valores constitucionais da igual dignidade e igual liberdade de todo/toda o/a cidadão/cidadã.

PALAVRAS-CHAVE: imunidade tributária - razão pública – laicidade - liberdade de crença.

SUMÁRIO: 1. Apontamentos teóricos sobre imunidade tributária. 2. Práticas religiosas: o culto e o templo. 3. Fundamentos da *libertas religionis*. 4. Fundamentos constitucionais da imunidade aos cultos e templos religiosos. 5. Atividades com fins econômicos e livre concorrência. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO - APONTAMENTOS TEÓRICOS SOBRE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

Creio que a essência do fanatismo reside no desejo de forçar as outras pessoas a mudarem. [...] O fanático é uma criatura bastante generosa. É um grande altruísta. Frequentemente, o fanático está mais interessado em você do que nele próprio. Ele quer salvar sua alma, quer redimi-lo, quer libertá-lo do pecado, do erro, do fumo, de sua fé ou de sua falta de fé, quer melhorar seus hábitos alimentares ou curá-lo de seus hábitos de bebida ou de voto. O fanático importa-se muito com você,

¹ Doutoranda em Direito (UFRGS/CAPES), membro da Red Iberoamericana por las Libertades Laicas.

ele está sempre ou se atirando no seu pescoço, porque o ama de verdade, ou apertando sua garganta, caso você prove ser irrecuperável. E, de qualquer modo, falando topograficamente, atirar-se no pescoço de alguém ou apertar sua garganta é quase o mesmo gesto. (OZ, Amós. Como curar um fanático. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004).

Se o fanatismo é considerado generoso e altruísta por Oz (2004), não muito distante está a política fiscal brasileira quando se trata das imunidades tributárias relativas aos cultos e templos religiosos, chancelada pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com Martins (1993: 39), a imunidade tributária tem por objetivo impedir que os poderes tributantes, pressionados por seus déficits orçamentários e a busca incansável por receita, invadam áreas que no interesse da sociedade devam ser preservados e mantidos.

Nesse sentido é que a Constituição Federal de 1988 impede a arrecadação de tributos sobre templos de qualquer culto; patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da Lei; livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

A proposta desse ensaio é analisar a imunidade tributária conferida aos templos de qualquer culto. Para tanto, discute-se a imunidade conferida no artigo 150, inciso VI, alínea “b” da Constituição Federal de 1988, a partir da afirmação do Estado brasileiro enquanto um Estado laico. Nesse sentido, propõe-se a seguinte questão norteadora: a imunidade atribuída aos templos, na contemporaneidade brasileira, se presta a finalidade de garantia do respeito à liberdade de crença e de culto, ou seja, da liberdade religiosa?

O disposto na alínea “b” do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal veda a instituição de imposto sobre “templos de qualquer culto”. O templo é o local onde são prestados cultos religiosos. Em princípio, o templo compreenderia o imóvel dedicado ao culto (o terreno e o prédio), e a vedação de arrecadação tributária abrangeria apenas os impostos

incidentes sobre imóveis.

No entanto, o parágrafo 4º do artigo 150 da Constituição, ao determinar que o disposto nas alíneas “b” e “c” do inciso VI “compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas”, permite uma interpretação mais extensa do conteúdo da imunidade, de forma a abranger a “renda do templo”, o “patrimônio do templo” e os “serviços do templo”, de acordo com Marton (2004).

Se o templo não tem personalidade jurídica e o imóvel destinado aos cultos religiosos pertence a uma organização religiosa, tal organização não pode sofrer a incidência de impostos que vise a tributar o imóvel em questão, ou a renda auferida em decorrência do culto ou que se destine ao culto, ou os serviços integrantes da atividade religiosa em si mesma considerada.

O dispositivo do parágrafo 7º do artigo 195 da Constituição não se refere a templos, nem a organizações religiosas. Com efeito, o mencionado dispositivo dispõe que: “São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”.

Observa-se, primeiramente, que a imunidade do inciso VI do artigo 150 se refere a imposto, enquanto o § 7º do artigo 195 diz respeito a “contribuição para a seguridade social”. Em segundo lugar, o disposto no mencionado § 7º se aplica a “entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”, não havendo qualquer menção a “templos de qualquer culto”. Portanto, nenhuma relação existe entre os dois dispositivos citados.

A imunidade conferida aos templos não se funda, portanto, no caráter assistencialista ou assistencial de algumas das práticas que compõem o repertório das organizações religiosas, como querem crer alguns autores.

Assim, temos que o alcance da imunidade estaria limitado (i) aos imóveis que guarnecem as entidades religiosas nas suas práticas de culto; (ii) à renda auferida em decorrência do culto ou que se destine ao culto; (iii) aos serviços integrantes da atividade religiosa em si mesma considerada.

Entretanto, atualmente, no Brasil, há uma diversidade de práticas religiosas que se desenvolvem dentro e fora dos templos.

2 PRÁTICAS RELIGIOSAS: O CULTO E O TEMPLO

As formas de religiosidade são muito distintas entre si, embora seja possível encontrar semelhanças e pontos de contato em pelo menos muitas delas: a referência ao transcendente, ao sobrenatural, ao absoluto. Por força dessa sua natureza, ela é capaz de liberar energias incontroláveis, surgindo historicamente ligada ao que existe de melhor e de pior na história da humanidade.

Essa abertura ao transcendente está longe de traduzir a ideia de liberdade religiosa.

Assim, temos o que se poderia categorizar como uma história da noção de liberdade religiosa:

No Cristianismo, com a máxima “a Cesar o que é de Cesar, a Deus o que é de Deus”, temos a afirmação dos direitos da Igreja em relação ao Estado (momento hierocrático);

Afirmação dos direitos do Estado sobre a Igreja (momento regalista);

Afirmação dos direitos dos cidadãos relativamente ao Estado e à Igreja (momento constitucional).

A análise das imunidades tributárias relativas aos templos de qualquer culto religioso tem como pressuposto jurídico-constitucional a necessidade de respeito aos valores constitucionais da igual dignidade e igual liberdade de todo/toda o/a cidadão/cidadã.

Para tanto, apoiamo-nos no postulado da razão pública, nos termos propostos por Rawls e Habermas, a fim de demonstrar que:

a imunidade tributária de templos de quaisquer cultos e religiões se expressa como uma prática cultural brasileira que abrange um complexo de atividades instrumentais, não caracteristicamente religiosas, mais ou menos próximas da atuação religiosa;

as pretensões das confissões religiosas se encontram limitadas pelo direito de autonomia religiosa individual, ou liberdade de crença.

A razão pública rawlsiana é sustentada pela cultura política, ideias e princípios fundamentais, compartilhados por uma sociedade democrática. Para Habermas (2003), desde a perspectiva da teoria do agir comunicativo, o consenso racional repousa sobre o reconhecimento intersubjetivo de pretensões validamente criticáveis.

Convém destacar, desde logo, que não se pretende fazer uma crítica às posições doutrinárias das diferentes concepções religiosas. Entretanto, é necessário trazer ao debate os usos da doutrina religiosa, na construção de argumentos jurídicos em sociedades onde essa doutrina goza de prestígio e privilégio.

Seguindo na linha de Sabbag (2009), o culto é a manifestação de uma prática religiosa. Essa manifestação pode ser do âmbito privado, mas também pode ser coletiva, na medida em que um grupo de indivíduos que compartilhem as mesmas práticas e crenças religiosas se reúnem em local público, o templo. Na acepção moderna, o templo se constitui das coisas e das pessoas que se organizam para a manutenção de um culto e das práticas religiosas compartilhadas.

O conceito de templo terá, portanto, fundamental importância para a interpretação das imunidades tributárias. Desta forma, caberá ao julgador, no caso concreto, verificar o que é passível de imunidade, de acordo com os fins postulados pela Constituição Federal, e assim concretizar a justiça fiscal aos templos de qualquer culto.

3 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DA *LIBERTAS RELIGIONIS*

No Império Romano, todos os cultos eram tolerados, desde que o cidadão romano aceitasse o culto ao Imperador. Os primeiros cristãos que se recusavam a oferecer sacrifícios pagãos eram condenados à morte. Nesse contexto, autores cristãos começam a falar de *libertas religionis*: havia a necessidade de respeito por um perímetro de privacidade individual, dentro do qual a opção de fé deveria permanecer inatacável (Machado, 1996).

A partir do século VI são editadas leis de tolerância, reconhecendo o direito de existência de templos e autorizando sua reconstrução. Constantino, em 312 d. C. se converte ao cristianismo e coloca o seu poder a serviço de sua nova fé. A partir de então, os éditos consagram o princípio da liberdade religiosa, nas suas dimensões de liberdade de crença e de culto (Machado, 1996).

O Cristianismo se torna a *religio ufficiale*, com Teodósio, em 380 d. C., cujo propósito era assegurar a paz terrena, a legitimidade do poder temporal, a estabilidade das instituições, a integração e a coesão do tecido social. As funções públicas, portanto, são cada vez mais confundidas com as religiosas, num verdadeiro processo de 'cristianização do império' (Machado, 1996).

Os cristãos passaram de perseguidos para uma posição política e jurídica privilegiada. Os membros do clero cristão passam a se beneficiar de uma proteção jurídica especial e de imunidades fiscais e jurisdicionais. Os não-cristãos, pagãos e hereges são alvo de intolerância formal, no plano jurídico, pela utilização de instrumentos públicos de coação e exclusão. É ordenada a destruição de todos os templos de culto pagão, bem como são confiscados seus bens (Machado, 1996).

Tem início a tradição de proteção à igreja cristã às custas do sacrifício da liberdade das outras crenças.

No Estado absolutista, o rei era a representação de todo poder estatal, sendo que ele concedia benesses a algumas classes em razão de seus interesses. Assim era na França, até o século XVIII, onde se tributavam apenas o Terceiro Estado, isto é, a burguesia, o proletariado e os camponeses enquanto a nobreza e o clero, representantes do Primeiro e Segundo Estados respectivamente, quase não eram tributados.

Nesse tipo de Estado a imunidade “significava um autêntico privilégio dos nobres e da Igreja frente ao poder do Rei”. A luta pela manutenção ou extinção desses privilégios foi um “fator que contribuiu, para a deflagração da Revolução Francesa”. Com ela instala-se o Estado de Direito que tem como principal característica a primazia da lei, que serve como instrumento de proteção do cidadão contra o próprio Estado.

Os revolucionários franceses aboliram regalias do clero e da nobreza. Isso não quer dizer que todos os cidadãos franceses passaram a ter direitos iguais, já que a Revolução acabou por privilegiar os setores mais ricos da burguesia.

O direito de liberdade religiosa integra, para fins históricos, o catálogo dos direitos de primeira dimensão: das liberdades e garantias.

Já a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu artigo 18 assim proclama: *“Todo homem tem o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente, em público ou em particular”*.

O direito à liberdade religiosa pretende, fundamentalmente, recortar em torno dos indivíduos e de grupos um perímetro de liberdade de opção e atuação religiosa que o Estado não pode vulnerar. Como corolários do direito à liberdade religiosa, temos o direito subjetivo de defesa e normas de competência negativa (Machado, 1996: 198-9).

Com as revoluções do século XVIII, consolida-se o Estado Fiscal, configuração específica do Estado de Direito, e se transforma radicalmente o conceito de imunidade tributária. Deixa de ser forma de limitação do poder do Rei pela Igreja e pela nobreza para se transformar em limitação do poder tributário do Estado pelos direitos preexistentes do indivíduo.

Em tempos de laicidade e de acepção moderna de imunidade tributária, como um direito subjetivo do contribuinte imune de não pagar tributos, não se fala mais em privilégio, mas em um instituto que “preexistindo ao poder tributário como qualidade essencial da pessoa humana e correspondendo ao direito público subjetivo que erige a pretensão à incolumidade diante da ordem tributária objetiva” (Costa, 2006: 27).

Na teoria, laicidade é o regime social de convivência, na qual as instâncias políticas são legitimadas pela soberania popular e não mais pelas instituições religiosas. Nesse sentido, a governança política não adere a nenhuma opção filosófica ou religiosa, ela não exige de ninguém tal adesão como condição para a associação política. A laicidade se realiza onde a diversidade de crenças e de pertencimentos podem se exprimir e, idealmente, se harmonizar. (Lorea, 2008). Na mesma linha de raciocínio, Blancarte (2008) afirma que os defensores de um Estado laico tem a tarefa constante de lembrar a legisladores e funcionários públicos que suas funções devem ser exercidas de acordo com o interesse público, definido pela vontade popular da maioria, sem, todavia, excluir os direitos das minorias.

Nesse sentido, Tepedino (1994: 12) afirma que ao conceder uma imunidade, a Constituição não está concedendo um benefício, mas tutelando um valor jurídico tido como fundamental para o Estado. Daí porque a interpretação das alíneas do artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal de 1988 deve ser ampla e teleológica, nunca restritiva e literal.

Dessa forma, a tutela constitucional do valor liberdade de crença deve

estar em harmonia com os demais valores, sobretudo quanto à igual dignidade e igual liberdade de todo/toda cidadão.

4 ATIVIDADES COM FINS ECONÔMICOS E LIVRE CONCORRÊNCIA

Desde a criação das igrejas primitivas, sabe-se que são necessários recursos financeiros para a manutenção de suas práticas e para a missão de evangelização ou conversão de outros indivíduos que não compartilham das mesmas crenças.

Portanto, é consequência desses propósitos o desenvolvimento de atividades econômicas para que os cultos organizados em templos promovam suas práticas e sua religiosidade.

Se no início a Igreja Católica vendia um pequeno pedaço do céu aos seus fiéis, na promessa da vida eterna, hoje, quaisquer igrejas contam com um arsenal de artefatos comercializáveis: de livros, santos e velas a CD's, DVD's, e merchandising em programas de rádio e televisão. São atividades com fins lucrativos, sobre as quais recairá a incidência tributária, uma vez que as mesmas estão longe da finalidade essencial dos cultos.

Concordamos com Sabbag (2009), quando o autor refere que diante da evidência de prejuízo à livre concorrência na atividade econômica desenvolvida pelos templos e cultos, é necessário investigar sobre a abrangência da imunidade tributária em uma situação como essa.

De outra forma, não seria possível impedir ou vedar tais práticas econômicas, porém estas devem respeitar o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, de forma que não causem prejuízo ao princípio da concorrência, e que os recursos obtidos sejam totalmente aplicados para a execução de seus fins essenciais.

O comércio (com fins econômicos) nos templos não pode violar o princípio concorrencial, prejudicando os demais empresários que não podem se valer da imunidade tributária, causando, deste modo, uma afronta ao princípio da igualdade.

O atual entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, à exceção dos templos em que são realizadas as celebrações religiosas e das dependências que servem diretamente a estes fins, é legítima a cobrança de IPTU relativamente a lotes vagos e prédios comerciais de entidades religiosas (RE 325.822-SP).

Tal interpretação tem se consolidado no campo jurisprudencial. Mas nem sempre foi assim. As diversas constituições que o Brasil teve demonstram uma ambivalência no tratamento da questão.

5 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA IMUNIDADE AOS CULTOS E TEMPLOS RELIGIOSOS

A Constituição do Império de 1824 declarou, abertamente, que a religião oficial era a Católica Apostólica Romana, sem fazer qualquer referência à imunidade tributária:

Art. 5º - A religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo.

A Constituição Política do Império do Brasil, portanto, fundou um Estado confessional brasileiro que duraria mais de sessenta anos. Sob o aspecto da estrutura fiscal, é possível vislumbrar, quanto às imunidades tributárias, uma transferência da aplicação das regras jurídicas então em vigor em Portugal. Quanto aos tributos e suas isenções e imunidades, existia também uma pensão concedida para a capela imperial pelo Alvará de 20 de agosto de 1808, que, na verdade, era um estímulo em dinheiro concedido pelo Estado para instituições católicas. (Balthazar, 2005: 72).

No período da Regência (com a abdicação de Dom Pedro I em 7 de abril de 1831 até 1840, quando, então, Dom Pedro II é entronado) houve certo avanço, pois se implementou uma sistematização de impostos e uma certa descentralização por meio de uma discriminação de receitas tocantes às Províncias e de outras atinentes ao Governo Geral. Foi também durante

este período que se estabeleceram algumas isenções fiscais. Contudo, as situações de imunidade de templos de qualquer culto restaram intocadas permanecendo como direito/privilégio, ainda que não escrito (Balthazar, 2005: 89).

A Constituição de 1891, fortemente influenciada pela ideia republicana e pelo liberalismo em nova vertente, estabeleceu uma ruptura com a Igreja Católica como religião oficial. Esse rompimento está expresso em diversos dispositivos do texto constitucional:

“Artigo 11 – Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.”

No parágrafo 7º do artigo 172, afirmou que nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.

Os ministros de confissão religiosa não tinham direitos políticos de votar e serem votados, fato que não se verificou no tempo do Império.

Também neste diploma não há qualquer referência à imunidade para os templos de qualquer culto.

Em um contexto de crise econômica e política interna, seguida da crise da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, o Brasil promulga a Constituição de 1934. Com a Revolução de 30, o governo de Getúlio tenta implementar um Estado do bem-estar social no Brasil. Para tanto promulga a Constituição de 1934, inspirada na Constituição de Weimar de 1919, forjada entre o compromisso com o liberalismo e o intervencionismo.

Nessa época, o ensino religioso voltou às escolas públicas marcado pela facultatividade de frequência e pela liberdade de confissão (artigo 153). As escolas particulares foram beneficiadas pela “isenção de qualquer tributo”, nos termos do artigo 154.

A constituição de 1934 reitera a vedação ao embaraço de cultos, conforme artigo 17, inciso II.

Com a Constituição de 1937 foi implantado o “Estado Novo”, que rompeu com o regime democrático e com as liberdades individuais, por ter sido outorgada sob o argumento de proteção da democracia contra os partidos comunista e fascista que ofereciam perigo ao regime político da época. Novamente, com a denominação de “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, ficou conhecida como “Polaca”, apenas se restringindo a repetir as disposições atinentes às “vedações” contidas na Constituição anterior, sem alterações substanciais no tocante às imunidades tributárias (Balthazar, 2005: 139).

Todo o arcabouço tributário contido nessa Constituição, bem como seu sistema de imunidades tributárias, teve fim no ano de 1945, com o advento de uma nova Constituição democrática. Nesse ano terminou, também, a Segunda Guerra Mundial envolvendo os países mais poderosos em termos econômicos, bélicos, políticos e culturais, tendo saído vencedor o bloco dito defensor da liberdade e da democracia: os “Aliados”. Ocorre que no Brasil da época, o ditador do “Estado Novo” negociava tanto com os nazistas como com os aliados no período anterior e até mesmo durante o conflito. Desse modo, Vargas não se sustentou no poder uma vez que seu governo ditatorial e com um viés fascista causava constrangimento político e alguma contradição naqueles que o deveriam apoiar interna e externamente. Por isso é que houve uma iniciativa do próprio governo, tendente a uma democratização por meio de uma nova Constituição: a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 (Daneli Filho; Pilan Sobrinho, 2010).

Operou-se, por meio da promulgação desta constituição, um processo de redemocratização das instituições brasileiras que teve seu final com o Golpe Militar de 1964.

No que diz respeito às limitações ao poder de tributar, na Constituição de 1946 ocorreu um alargamento do número de casos beneficiados pela

imunidade tributária. Nessa constituição as imunidades dos templos de qualquer culto, bens e serviços dos partidos políticos, das instituições de educação e de assistência social, se fizeram presentes expressamente. Da mesma forma as imunidades recíprocas e sobre o papel destinado a impressão de livros, jornais e periódicos (Baleeiro et al., 1987: 143).

Com a implantação de um Regime Militar por meio de um golpe de Estado no ano de 1964, encerrando o período democrático iniciado com a Constituição de 1946, temos a Reforma Tributária de 1965 e o advento de um Código Tributário Nacional (CTN) em 1966, por meio da Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966, tendo recebido a denominação apontada somente em 14 de março de 1967 com o Ato Complementar nº 36.

A Constituição de 1967, praticamente, manteve as mesmas imunidades da constituição anterior. Sob o aspecto das imunidades tributárias previstas, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 retiraram a imunidade aos tributos do papel destinado à impressão de jornais, livros e periódicos.

Finalmente, a Constituição de 1988, em seu artigo 150, VI, “a” a “d”, e §§ 2º a 4º, traz novos sujeitos imunes e conteúdos que aprimoram a compreensão das imunidades tributárias, verifica-se que a Constituição vigente se tornou mais detalhada, com uma nítida preocupação com as normas imunizantes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Templos de Qualquer Culto, chamados pelo Código Civil de 2002 de organizações religiosas (inciso IV do artigo 44 da Lei 10.406/2002), executam diversas atividades sob o fundamento das liberdades de crença, de divulgação das crenças e de culto. Tais liberdades se justificam na medida em que sua supressão causaria uma violação ao direito de liberdade religiosa, em nível individual e coletivo.

As organizações religiosas, portanto, são titulares de direitos

fundamentais, entre os quais, destacamos o direito à imunidade tributária. Todavia, a garantia do exercício da liberdade religiosa por estas organizações decorre da necessária sustentação da liberdade religiosa individual. A liberdade religiosa coletiva serve de atualização da liberdade pessoal (Machado, 1996: 235).

Daí porque as organizações religiosas são, na atual conjuntura, atores religiosos, políticos e sociais independentes, irredutíveis a grupo de indivíduos. Portanto, respondem na medida de seus atos coletivos, não sendo possível atribuir tal responsabilidade a seus membros individualmente considerados.

A questão se torna ainda mais complexa quando estamos diante de atividades intrinsecamente associadas às finalidades religiosas, cuja realização adquire relevo econômico. É o caso, por exemplo, da concessão de canais televisivos para igrejas ou comunidades religiosas, da comercialização da produção audiovisual, da alienação de ou aquisição de bens e serviços, do uso de recursos e financiamentos públicos.

Chama a atenção o caso das comunidades evangélicas pentecostais que, no Brasil e na América Latina, possibilitaram a acumulação privada de capital através de suas organizações religiosas. Isso porque o apelo espiritual e as práticas proselitistas dessas confissões religiosas tiveram um impacto maior entre os indivíduos de menor poder aquisitivo, moradores de periferia de grandes cidades, menos assistidos por programas assistenciais, cuja migração para essas organizações religiosas desestabilizou a maioria numérica de católicos².

A maior ligação entre o espírito empresarial e a organização religiosa propiciou a adoção de novas práticas, tais como estratégias de compra de emissoras de televisão e de rádio, a adesão de sistemas de franquia, uma ligação entre a política e as igrejas.

² Ver NERI, Marcelo Cortês. **Novo mapa das religiões**. Rio de Janeiro: FGV, CPS, 2011. 278

As novas crenças emergentes no Brasil estariam prosperando em uma fase de descrença quanto à possibilidade de ascensão individual e profissional. As novas igrejas pentecostais estariam ocupando o lugar do Estado na cobrança de impostos (dízimos e outras contribuições) e na oferta de serviços e redes de proteção social (Neri, 2011: 45-6).

Na medida em que tais organizações religiosas arrecadam mais e melhor distribuem seus dividendos entre seus seguidores, através de práticas assistencialistas, acabam por ocupar um espaço que deveria ser público e laico. A mesma crítica, entretanto, deve também ser dirigida às doutrinas religiosas predominantes no cenário brasileiro. A própria Igreja Católica, antes majoritária entre as confissões religiosas, tem renovado suas práticas e atividades a fim de recuperar o espaço perdido para outras doutrinas abrangentes.

O que estamos defendendo é que o direito de liberdade religiosa não pode chegar ao ponto de abranger todos os aspectos do desenvolvimento dessas atividades. A natureza comercial de tais atividades deve balizar uma atuação estatal, em termos normativos do direito comum, como qualquer outro sujeito de direitos. Sem que tal intervenção seja atacada como violação do direito de liberdade de crença. Desse modo, se evitaria a utilização abusiva e simulada da figura da liberdade religiosa, bem como a discriminação contra indivíduos e entidades não religiosas.

Sabe-se que o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal vai no sentido contrário. É dizer, para esta corte a imunidade tributária deve abranger não somente os prédios destinados ao culto religioso, mas também o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com a finalidade essencial da entidade religiosa.

A doutrina tem-se manifestado no sentido de que a imunidade de templos de quaisquer cultos se restringem às atividades que estão direta e

objetivamente relacionadas às finalidades das organizações religiosas (Carrazza, 2004: 689; Costa, 2006: 60; Paulsen, 2005: 303).

Ao Estado, portanto, não cabe estimular ou promover qualquer confissão ou prática religiosa, uma vez que é a razão pública o princípio norteador da normatividade e da atuação pública em um Estado Democrático de Direito.

O Estado brasileiro, ao alargar as hipóteses de imunidades tributárias para diferentes práticas comerciais realizadas por organizações religiosas, afasta-se da racionalidade pública e viola o princípio da igual liberdade e igual dignidade de seus cidadãos, uma vez que privilegia atividades comerciais de organizações religiosas em detrimento das mesmas atividades desenvolvidas por sujeitos não religiosos, provocando distorções no mercado e situações de concorrência desleal.

Do ponto de vista da justiça fiscal, quando o Estado não é suficientemente eficaz em sua política tributária, no sentido de que seus instrumentos (normativos e institucionais) fiscais não são eficazes na promoção e garantia da igual liberdade e igual dignidade de todos os seus cidadãos, então, há que (re)pensar a que(m) serve o direito de liberdade religiosa.

A manutenção das imunidades tributárias às organizações religiosas, no cenário brasileiro, não promove a efetividade do direito à liberdade religiosa. Ao contrário, se traduz em verdadeiro privilégio, em descompasso com a manutenção da esfera pública da liberdade e da igualdade.

7 REFERÊNCIAS

- BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **A Constituição de 1946**. PORTO, Walter Costa (coord.). Curso “Constituições do Brasil”. Brasília: Editora Escopo, 1987.
- BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

BLANCARTE, Roberto. **O porquê de um Estado laico**. In: LOREA, R. A. (org.) Em defesa das Liberdades Laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias: Teoria e Análise da Jurisprudência do STF**. 2º ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

DANELI FILHO, Eloi César; PILAN SOBRINHO, Liton. **As constituições brasileiras e a imunidade tributária de templos de qualquer culto**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, Jun./ 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**, Vol. 1, 2ª. Ed. Belém: CEJUP; 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LOREA, Roberto Arriada. **Cidadania Sexual e Laicidade: um estudo sobre a influência religiosa no Poder Judiciário**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Antropologia Social. UFRGS, Porto Alegre, 2008.

MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MARTON, R. **Templos Religiosos: a imunidade do art. 150, VI, b, da Constituição Federal e o disposto pela mesma constituição no art. 195, §7º**. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, dez./2004.

NERI, Marcelo Cortês. **Novo mapa das religiões**. Rio de Janeiro: FGV, CPS, 2011.

PEREIRA, Gabriel Nunes. **Imunidade Tributária de templos de qualquer culto e religiões brasileiras**. Revista Brasileira de História das Religiões. Maringá, v. III, n.9, jan/2011.

RAWLS, John. **O Liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Aspectos polêmicos do tratamento fiscal conferido aos templos e às entidades de fins religiosos**. Revista da Procuradoria-Geral da República, n. 5, 1994.



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666
Centro - Porto Alegre - RS
Brasil - Cep. 90.010-190
Telefone: (0xx51) 3211-2233

defensoria.rs.gov.br
[facebook/defensoriars](https://www.facebook.com/defensoriars)
[@_defensoriars](https://www.instagram.com/_defensoriars)



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL