

Revista da Faculdade de

ISSN 1519-1656



Direito

Padre Anchieta



Ano IV - Nº 6 - Maio / 2003

ISSN 1519-1656

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA.

Jundiaí-SP: Sociedade Padre Anchieta
il. 23cm.

Semestral
Inclui bibliografia

CDU 34(05)

EDITORIAL

Alegremente apresentamos aqui mais um número da Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Padre Anchieta de Jundiá.

A quantidade de artigos e os temas retratados no presente exemplar demonstram a grande fluidez das idéias no nosso ordenamento jurídico.

Vivemos época de grandes mudanças legislativas, algumas motivadas pelo novo governo, outras pelos graves problemas sociais que assolam o país e o mundo.

Os artigos apresentados nesta edição da nossa Revista demonstram, de forma clara, a preocupação dos estudiosos do mundo do direito com a solução das questões sociais e atuais, como a despenalização do uso e tráfico de drogas, o estudo prévio de impacto ambiental como instrumento de proteção ambiental, as conseqüências decorrentes das relações de família, a prescrição criminal, a prova no processo penal, o parcelamento do solo, as alterações na prescrição do trabalhador rural, a desregulamentação do mercado, o pólo passivo na obrigação tributária, a casualidade e imputação objetiva no Direito penal e os crimes na internet.

Certamente, com essa gama de temas, o leitor poderá ter uma visão crítica e atualizada das questões objeto dos artigos, possuindo material suficiente para pesquisas futuras, atualização, ou simplesmente para reflexão.

Esperamos, como sempre, que o leitor possa usufruir da nossa revista da melhor maneira possível.

CONSELHO EDITORIAL

A **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA** é uma publicação semestral aberta à colaboração de estudiosos e pesquisadores das Faculdades Padre Anchieta e de outras instituições.

Os trabalhos publicados foram selecionados pelo Conselho Editorial, sendo os conceitos e opiniões neles expressos de responsabilidade exclusiva de seus autores, aos quais deve ser requerida autorização para a reprodução parcial ou total dos artigos, relatos de pesquisa etc.

Conselho Editorial

Alexandre Barros Castro

Cláudio Antônio Soares Levada

João Carlos José Martinelli

Jorge Luiz Souto Maior

Luiz Carlos Branco

Márcio Franklin Nogueira

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

Secretária

Inês Celina de Oliveira Polini

Correspondência

R. Bom Jesus de Pirapora, 140, Centro, Jundiaí/SP.

CEP. 13.207-660

Fax – 4521-8444 ramal 238

Caixa Postal 240

anchieta@anchieta.br • www.anchieta.br

Editoração

DEPARTAMENTO DE PUBLICIDADE

Escolas e Faculdades Padre Anchieta

Revisão

João Antonio de Vasconcellos

Tiragem

2.200

Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta.

Pede-se permuta • Pide-se canje • We ask for exchange

ÍNDICE

A alteração na prescrição do trabalhador rural e suas consequências.	
<i>Paulo Eduardo Vieira de Oliveira</i>	7
União estável: consequências decorrentes das relações de família e das relações obrigacionais.	
<i>Luciana Cordeiro de Souza</i>	11
Casualidade e imputação objetiva no direito penal	
<i>João Paulo Orsini Martinelli</i>	31
Crimes na internet	
<i>Felipe Augusto Basílio</i>	65
Mercado: desregulamentação	
<i>Bismarck Duarte Diniz</i>	79
A prova no processo penal	
<i>Marcus Vinicius Ribeiro</i>	91
Lei 6766/79 – o parcelamento do solo	
<i>Ali Mamed Muniz Qbar</i>	105
Uso e tráfico de drogas: despenalização? descriminalização? outras soluções?	
<i>Tatiana Lages Aliverti</i>	119
O pólo passivo da obrigação tributária	
<i>Alexandre Barros Castro</i>	129
Normas para apresentação de originais	153

A ALTERAÇÃO NA PRESCRIÇÃO DO TRABALHADOR RURAL E SUAS CONSEQÜÊNCIAS.

*Paulo Eduardo Vieira de Oliveira**

Nos embates que se travaram na reforma constitucional, houve várias posições distintas, merecendo destaque as que pleiteavam que houvesse a mesma disciplina da prescrição para trabalhador urbano e rural, na vigência do contrato de trabalho.

Dentro deste postulado, havia duas posições totalmente antagônicas: uma tomava como modelo o Estatuto do Trabalhador Rural e pleiteava a não fluência do prazo prescricional; outra apontava a norma da CLT: prescrição bienal

No texto original da Constituição, acabou prevalecendo uma forma híbrida: extensão do prazo prescricional do trabalhador urbano (cinco anos) e a não fluência na vigência do contrato para o trabalhador rural, mas quanto a este, por pressão patronal, criou-se a figura da comprovação quinquenal do cumprimento das obrigações trabalhistas, figura esta que teve baixíssima receptividade.

A Emenda Constitucional n.º 28, em vigor desde o dia 25 de maio de 2000, deu nova redação ao inciso XXIX do artigo 7, e revogou o artigo 233 da Constituição Federal de 1988, dispondo :

“XXIX - ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.”

Verifica-se que a vigência do contrato de trabalho do rurícola deixou de ser fato impeditivo da fluência do prazo prescricional, desaparecendo a distinção na disciplina da matéria entre o contrato de trabalho rural e o urbano.

1. Efeitos jurídicos da alteração.

O instituto da prescrição pressupõe sempre uma “inércia”, uma “dormência” do credor para fazer valer seu direito preterido. A inércia passa a existir a partir do momento em que se inicia o prazo que tem pela frente para pleiteá-lo, sob pena de, esgotado tal prazo, perder, não o direito de ação que é “abstrato”, mas o direito de exigibilidade de sua pretensão.

* Juiz do Trabalho; Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo; Professor Doutor do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da da Universidade de São Paulo, Professor da FADIPA.

Portanto, até 25 de maio do ano 2000 não houve por parte do trabalhador rural inércia quanto a direitos até então adquiridos, havendo, a partir dessa data, três situações jurídicas distintas:

1ª) quanto aos contratos de trabalhos já extintos em 25 de maio do ano 2000, cujo término não atingiu o biênio, resguardam-se os direitos adquiridos de todo o período trabalhado mesmo que tenha sido superior a cinco anos.

Portanto, dentro desta hipótese, se não houver acordo extra-judicial, recorrendo o credor ao poder judiciário, este não poderá acolher argüição de prescrição com efeito retroativo quinquenal contra os créditos do mesmo;

2ª) quanto aos contratos vigentes no dia 25 de maio de 2000 e que continuaram vigentes após esta data, com duração superior, ou não, a cinco anos, em relação aos direitos adquiridos até a data apontada, o novo prazo prescricional de cinco anos iniciou seu curso na data da promulgação da Emenda 28.

Antes desta data não se podia atribuir “inércia” do empregado credor, que tinha em seu favor o término do contrato para pleitear direitos passados preteridos;

3ª) quanto aos direitos adquiridos a partir de 25 de maio do ano 2000, prevalece a norma geral: não sendo a vigência do contrato fato impeditivo da fluência do prazo prescricional, este se inicia com a “actio nata”, ou seja, no dia subsequente à preterição do direito.

2. Juízo de conveniência e oportunidade sobre a alteração.

Não tendo acompanhado a tramitação da matéria no Congresso Nacional em suas duas casas, o juízo aqui expedido pode ser colocado dentro das seguintes ponderações:

2.a) nestes tempos em que redundantemente se afirma que se deve adotar um modelo menos heterônomo e mais negocial nas relações de trabalho, não se podendo excluir de tal proposta as reformas constitucionais, se a alteração sob comento foi fruto de ampla e aberta negociação das organizações sindicais patronais e operárias, inclusive de suas Confederações e Centrais, ouvidas as bases para legitimar suas negociações, e não de “lobys” com ou sem chantagem de votar de ou não votar no Congresso outras matérias em andamento, há de se respeitar a alteração porque, pesados os prós e contras, se viu na mesma o melhor caminho para composição dos conflitos de interesses, ainda que se reserve o direito de discordar da oportunidade.

2b) se a alteração não foi fruto da negociação apontada, abre-se possibilidade de um juízo diferente sobre a oportunidade e conveniência da alteração da Emenda 28.

Concretamente, o rurícola deste país continental (não de uma ou outra pequena região mais adiantada), na hipótese de ter numerário para deslocar-se, dispõe de recursos infra-estruturais de estradas, de condução, de acesso fácil aos centros urbanos ou, ao menos de acesso a seus sindicatos (se estes existirem e forem combativos) para informar-se sobre seus direitos, para fazer valer eventuais direitos preteridos, para não sofrerem os efeitos de sua “inércia” de sua dormência? Será que o rurícola do Brasil dispõe de órgãos da mídia que lhe informem através de seu inseparável “radiozinho” sobre seus direitos; será que está ultrapassada a fase em que os meios de comunicação, utilizando até de músicas “sertanejas de raízes” deixaram de veicular um conformismo, uma subserviência subliminar, alimentada às vezes, por distorcido sentimento religioso?

Se a resposta a tais indagações for negativa, e na medida em que o for, prevalecem as candentes e mordazes primeiras palavras de Rui Barbosa no Teatro Lírico do Rio de Janeiro nos idos de 20 de março de 1919 apenas acrescidos de fatos subsequentes:- grito do Ipiranga, abolição da escravidão, proclamação da República, Estado Novo, período autoritário posterior a 1964, “Nova República”, planos econômicos passados e presentes, e o caboclo continuará de cócoras...

Dentro deste quadro sociológico, discutidas a conveniência e oportunidade da alteração constitucional, não objeto de consenso, fica impossível opinar positivamente à alteração no prazo prescricional para o trabalhador rural efetuada pela Emenda Constitucional 28.

3. Conclusões.

Toda crítica não propositiva é vã.

A nova norma possibilita ponderações no campo do direito material coletivo e no âmbito processual.

Sem uma atuação destemida sindical o rurícola (de todas as regiões do país), não terá condições de vencer os óbices que lhe impedem conhecer seus direitos, reivindicá-los dentro dos prazos prescricionais estabelecidos.

Quando o rurícola tiver que recorrer ao poder judiciário para reivindicar os direitos que entender devidos, deve dispor de ações “coletivas” que tirem de sua reivindicação um caráter individual e não o exponham à retaliação.

Neste particular, enquanto uma parte da doutrina “positivista” e “paternalista” (pretendendo “defender” o trabalhador de eventuais abusos sindicais), e decisões judiciais de todos os tribunais da mesma mentalidade continuarem a interpretar restritivamente a possibilidade do sindicatos atuarem sob a figura da substituição processual ou de outra a ser criada (se for o caso), que tenha o mesmos efeitos, o

empregado, especialmente o rural, continuará sendo prejudicado.

Parece inequívoco que o empregado rural que, isoladamente, se arvorar a defender seus direitos dentro do prazo prescricional estabelecido, na vigência do contrato, terá como única perspectiva (hoje sobejamente constatada), o “olho da rua”, o desemprego e a inclusão no imenso universo de excluídos que vivem nas periferias dos centros urbanos, tendo contra si um discurso ideológico explícito vinculando a pobreza à criminalidade.

UNIÃO ESTÁVEL: CONSEQÜÊNCIAS DECORENTES DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA E DAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS

Luciana Cordeiro de Souza *

1- CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Ao se buscar o verdadeiro sentido da palavra União, encontra-se em Gênesis - na Bíblia¹ - que Deus ao criar o homem disse: “crescei e multiplicai-vos”². Este crescer, pressupõe a união do casal, e traduz a primeira dimensão do casamento, que é o crescimento mútuo³, homem e mulher devem abandonar o “eu individual” para se tornar o “eu conjunto”, e isto só acontecerá verdadeiramente, através do amor, o qual São Paulo em Carta aos Coríntios⁴ traz sua mais perfeita definição.

Partindo desta premissa, oportuno se faz mencionar os ensinamentos do ilustre Prof. Villela⁵, que discursa veementemente sobre o amor nas relações familiares.⁶

Observa-se sua evidente preocupação:“(...) Já notaram os senhores o quão pouco se fala de amor em sede de direito de família, como se este não fosse seu ingrediente fundamental? O amor está para o direito de família assim como o acordo de vontades está para o direito dos contratos.”

Em precioso estudo estampado na coletânea intitulada “Repensando o Direito de Família, exaltando o papel do amor na família, sustenta o Prof. Villela que o Estado deveria deixar o homem livre, não lhe impor a vontade da lei, questionando a interferência estatal em questões de cunho sentimental, já que o amor gera a

* Mestre e doutoranda em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Advogada, Professora de Ciências Políticas da Faculdade de Direito Padre Anchieta e Professora Assistente de Direito Ambiental da Faculdade de Direito da PUC/SP. Contato: email - lucordeiro@uol.com.br

¹ Muito embora este discurso introdutório tenha uma certa beleza, trata-se de um trabalho técnico jurídico, e a Bíblia embora não seja instrumento de trabalho do dia-a-dia do jurista, reporta-se à base da família, que é o amor. Ocorre também, que nos textos bíblicos há o casamento de fato, ou seja, a relação física entre o casal.

² Gênesis 1, 28.

³ Felipe R. Q. Aquino. *Sereis uma só carne*. p. 11

⁴ I Cor 13,4 - 8 a : “A caridade é paciente, a caridade é bondosa. Não tem inveja. A caridade não é orgulhosa. Não é arrogante. Nem escandalosa. Não busca os seus próprios interesses, não irrita, não guarda rancor. Não se alegra com a injustiça, mas se rejubila com a verdade. Tudo desculpa, tudo crê, tudo espera, tudo suporta. A caridade jamais acabará.” Esta caridade é sinônimo do amor, o verdadeiro amor que deve existir entre os casais.

⁵ João Baptista Villela. Repensando o Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Repensando o Direito de Família*. p. 20- 30.

⁶ Neste sentido: Paulo Luiz Netto Lôbo. O ensino do direito de família no Brasil. p. 307: “Penso que a característica fundante da família atual é a afetividade”. César Augusto de Castro Fiúza. Diretrizes para um Código Brasileiro de Direito de Família. p. 246: “O amor ao próximo deve ser a única regra a nos guiar nesses meandros tão conturbados.”

família, não a vontade do legislador - a família⁷ é anterior à lei - ao homem deveria ser-lhe dado o direito de optar em casar ou não casar, ou seja, nas suas próprias palavras: "O par que opta por não se casar (podendo fazê-lo gratuitamente quantas vezes queira) e escolhe outra forma de união, o faz porque, definitivamente, não se quer pôr sob o regime que a lei estabelece. Portanto, haveria que deixá-lo em paz, vivendo seu próprio e personalíssimo projeto de vida amorosa. Mas, nas estruturas autoritárias de poder isso é impensável: há que regulamentar, regulamentar, regulamentar. Na hipótese concreta, o delírio normativista do Estado traduz-se, por assim **dizer, em casar** *ex officio* quem não quis casar *motu proprio*. Ou seja, submeter compulsoriamente ao regime legal do casamento, tanto quanto possível, aqueles que deliberadamente fizeram a opção pelo não - casamento."

A supremacia do amor, mola propulsora que une duas pessoas, tem que ser defendida, assim como, a liberdade de escolha ao modo como viver este sentimento, mas em hipótese alguma, pode-se fechar os olhos ante os problemas oriundos dos casamentos de fato que, cotidianamente, tem-se demonstrado ao longo da história.

Por mais que se admire o discurso do Prof. Villela e acredite-se no amor, deve-se primar por um regramento jurídico que proteja a família de fato⁸, que resguarde seus direitos.

Torna-se entristecedor deparar-se, nos tribunais, com pessoas que se amavam e, que ali se encontram em contenda em razão de mesquinhas, nas disputas por bens materiais. Mulheres que viveram a vida inteira ao lado de seu companheiro, cuidando da casa, dos filhos, do orçamento familiar, e ao final, se vêm forçadas a provar ser merecedoras de partilhar os bens materiais....

Em sentença proferida no Tribunal de Justiça de São Paulo, na declaração do voto vencedor do eminente Des. Renan Lotufo, encontra-se o seguinte ensinamento: "O que se tem de forma clara é que o casamento continua sendo base da família, mas não é a única forma de sua constituição. Fundamento da família deve ser o amor, que não se expressa só no contrato união ou ato condição, como queiram definir o casamento. O concubinato continua sendo questão de fato, mas que se justifica porque traz relações familiares em consequência, ensejando a proteção do Estado em todos os sentidos. Nem poderia ser diferente face a realidade social brasileira. A tendência à regularização da sociedade pelo casamento visa a melhor percepção e aplicação do próprio Direito ao que já é uma entidade familiar, se judicialmente reconhecida."⁹

⁷ É na família, qualquer que seja sua forma de constituição, é nela que o ser humano se desenvolve, e neste pequeno núcleo que se forma a sociedade, reportando-se ao prof. Eduardo dos Santos que proclama: é na família que o indivíduo ensaia os primeiros passos para viver em sociedade(...)" *Direito de Família*. p. 25. Neste sentido, tem-se os ensinamentos de Nilda Susana Gorvein. *Família, parentesco y matrimonio: un enfoque sobre la conducta desviada*. p. 229.

⁸ Francisco Amaral ensina que "família de fato é aparência de família legítima. Não é só a convivência como cônjuges, é antes de tudo família, portadora de valores, direitos e deveres até então considerados exclusivos da família fundada no casamento." *Direito Constitucional: A eficácia do Código Civil Brasileiro após a Constituição Federal de 1988*. p. 317.

⁹ JTJ - Volume 129 - Página 288

2- EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O concubinato sempre existiu desde os primórdios. Fazendo-se uma digressão histórica, tal forma de união conjugal será sempre encontrada ao longo de toda história da humanidade, quer como única forma de união sexual, a união fática dos casais, quer como relação paralela (casamento de fato¹⁰) ao casamento oficial (ato civil¹¹ ou religioso), ou ainda, como relação concorrente, o chamado de concubinato impuro.

Na história encontra-se exemplos que nos dias de hoje, pode causar espanto:

a) entre os hebreus proliferou a poligamia, surgindo uma forma peculiar de concubinato, o Rei Salomão chegou a deter 700 mulheres, além de 300 concubinas, estabelecendo uma curiosa hierarquia entre esposas e concubinas;

b) entres os gregos era uma opção ao casamento que por algum motivo não se podia realizar;¹²

c) entre os romanos o *concubinatus* estava entre as 4 formas de união sexual no direito romano, ladeado pelo casamento ordinário (*justae nuptiae decorrente do jus civilis*), o casamento peregrino (*sine connubio*) e a união entre os escravos (*contubernium*). Nos primeiros tempos era tolerado, não se impoñdo a pecha de ilicitude , como lembra Adahyl Lourenço Dias.¹³

Apesar do endurecimento legal, existente na época do Imperador Augusto, sobreviveu o concubinato.

O endurecimento ainda seria maior sob Constantino (ano 326 d.C.), que ainda fez piorar a situação das concubinas e seus filhos. A tolerância com o concubinato foi se esvaziando, incrementando-se seu repúdio pelos Imperadores Cristãos, até que Leão, o sábio (886 a 912 d. C.), eliminou-o

Essa tradição de rejeição ao concubinato, já manifestada pelos romanos da Era cristã, finca-se após o fim do império, pela força da Igreja Católica, em que pese manipulada sempre com bastante hipocrisia, pois que conhecidos os casos de Reis, Imperadores e Papas que se entregavam à volúpia, praticando adultério e havendo filhos bastardos dessas relações ilícitas (Carlos Magno, Papa Leão III,

¹⁰ Esse casamento de fato da antigüidade é o concubinato puro, atualmente chamado de união estável. Convém lembrar que, como demonstrado pelo Prof. Álvaro Villaça, o casamento de fato existe em diversos países: "Ressalta-se que esse casamento de fato, existente pela simples convivência dos companheiros, sem adultério e sem incesto, remanesce , ainda hoje, em vários países, tais como o casamento por comportamento, em ~~Brasil, México, o casamento de fato com hábito e reputação (cohabitation with habit and repute)~~, na Escócia; e o casamento de fato existente em quatorze dos cinquenta Estado norte-americanos (*common law marriage*)." Op. cit.

¹¹ "O casamento civil foi criado , recentemente, pelo Decreto n.º 181, de 1890. Este Decreto aniquilou as três formas tradicionais de casamento, que se institucionalizaram por, seguramente, quatro mil anos. Nas Ordenações Filipinas, de 1603, existiram, assim, até essa decretação, o casamento religioso, o realizado por escritura, ante duas testemunhas, e o casamento de conhuçados ou de fato, pela simples convivência. No Direito Romano, são estes, respectivamente, a *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus*.." Trecho extraído do prefácio do livro *Efeitos Patrimoniais do Concubinato* de Claudia Grieco Tabosa Pessoa, elaborado por Álvaro Villaça .

¹² Forma de união parecida com a que temos hoje: união estável.

¹³ Adahyl Lourenço Dias. *A concubina e o direito brasileiro*. passim

papa Alexandre VI, entre outros).

Na verdade, o concubinato ingressa no século XX, entre nós, ainda sob o estigma que lhe dedicou o pensamento católico. No Código Civil Brasileiro as considerações ao concubinato e à prole dele decorrente são opressivas.

O Prof. Álvaro Villaça em poucas palavras apresenta um resumo do panorama ocorrido com a união estável: “No Brasil, até 1890, as uniões estáveis, ou os concubinatos puros, eram casamentos de fato. Existiam, sim, paralelamente, os concubinatos impuros, adúlteros ou incestuosos.

Com a secularização do casamento, e com a ausência do divórcio, até o final de 1977, os casais separados, então desquitados, constituíram outras famílias, por meio do concubinato puro. Essas pessoas foram impedidas de casar-se novamente.”¹⁴

Torna-se importante destacar que o avanço no tema concubinato, deveu-se primordialmente à jurisprudência, pois que pressionada pelos inúmeros casos onde a simples e gramatical aplicação da lei resultaria em suma injustiça, e à legislação esparsa que, aqui e ali, passou a ver a companheira como sujeito de direitos, decorrência da união concubinária.¹⁵

Já, Gustavo Tepedino traça uma evolução doutrinária, jurisprudencial¹⁶ e legislativa do tratamento jurídico das entidades familiares extramatrimoniais no Brasil, considerando três fases distintas, a saber: “a) a primeira tem início com a rejeição pura e simples do concubinato, estigmatizado pelo Código Civil¹⁷ de 1916 como relação adúlterina, culminado com a sua assimilação pela jurisprudência no âmbito do direito obrigacional, produzindo efeitos que impedissem o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro; b) em seguida, delineia-se nitidamente a relevância atribuída pelo legislador especial o concubinato (desde que não adúlterino), não mais como mera relação de direito obrigacional mas como vida lícita em comum, sendo-lhe atribuídos efeitos jurídicos¹⁸ na esfera

¹⁴ Op. cit., prefácio.

¹⁵ Fernando Malheiros Filho. *A união estável*. p. 6.

¹⁶ Exemplo desta evolução jurisprudencial, tem-se cristalizado no Supremo Tribunal Federal, os entendimentos favoráveis a uniões concubinárias em caso de indenização acidentária (súmula 35), dissolução de sociedade fato com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum (súmula 380), conceituação de concubinato mesmo sem vida em comum sob o mesmo teto (súmula 382), disposição testamentária em favor de filho adúlterino (súmula 447), indenização por serviços prestados durante a vida concubinária.

¹⁷ Na verdade, como salienta Ronaldo Frigini. O concubinato e a nova ordem constitucional. *Revista dos Tribunais*. p. 58: “A repugnância ao concubinato existiu por muito tempo e seu traço mais marcante residiu na falta de legislação protetiva específica. O Código Civil não o contempla e quando faz qualquer menção é para restringir direitos.”

¹⁸ Merecem destaque as seguintes legislações esparsas: a) reconhecimento de filhos, independente de sua origem (revogação do art. 358 do CC, pela Lei n.º 7.841/89; Leis n.º 883/49, 7.250/84, 8.069/90, arts. 26 e 27, e 8.560/92; b) adoção por concubinos (Lei n.º 8.069/90, art. 42); c) dependência do companheiro para fins previdenciários (CF 88, art. 201, V; Lei n.º 8.213/91) e fiscais (Lei n.º 9.250/95, art. 35, II, repisando normas anteriores); d) direito da mulher ao nome do companheiro (Lei n.º 6.015/73 - registros Públicos - art. 57, §§ 2.º a 6.º); bem de família, extensível a qualquer espécie de entidade familiar (Lei n.º 8.009/90); e) sub-rogação do companheiro na locação de imóveis urbanos, em caso de dissolução da vida em comum com o locatário ou de seu falecimento (Lei n.º 8.245/91, arts. 11 e 12).

assistencial, previdenciária, locatícia etc... Pode-se considerar esta fase como o ingresso do concubinato no direito de família; c) A terceira fase, finalmente, compreende a tutela constitucional das entidades familiares não fundadas no casamento.¹⁹

E pode-se acrescentar, a esta terceira fase elencada por Tepedino, a entrada em vigor do Novo Código Civil – Lei n.º 10406/02, ao reconhecer em seu artigo 1723, *caput*, “como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

3- A CONSTITUIÇÃO DE 1.988.

A partir do texto constitucional de 1988²⁰, o legislador constituinte²¹ reconheceu a união estável²² como entidade familiar²³, tornando-se desta forma, sinônimo de família^{24 25}, reitera-se, não se pode deixar de conjugar o verbo amar ao discorrer sobre família, quer formada através do ato jurídico, formalmente celebrado, ou apenas, através da união de fato.

Nessa linha de raciocínio, o Prof. Irineu Antonio Pedrotti, vem, poeticamente, reforçar o que se tenta apresentar neste trabalho: “Se a lei é fruto do homem-legislador, às vezes casuística, o amor é originário da voz do coração; é paciente, bondoso e não guarda rancor; ama a verdade e detesta a mentira; a tudo crê, espera e suporta. Será que a entrega recíproca dos corpos, *aestuariu* de amor que une um homem e uma mulher precisa ser sacrificado diante do império de uma lei regular ou irregular, justa ou injusta, própria ou imprópria?”²⁶

Destarte, entende-se que a lei não se sobrepõe à vontade; a vontade independe da lei, e, na defesa dos sentimentos, faz-se lembrar da célebre frase proferida pelo Prof. Álvaro Villaça: “A união espiritual é de muito mais valia”.²⁷

¹⁹ Gustavo Tepedino. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. *Temas de Direito Civil*. p. 327.

²⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

²¹ Acredita-se que em virtude das milhares de demandas judiciais, das diversas leis esparsas e interesses outros.

²² Para César Augusto de Castro Fiuza, a Constituição Federal de 1988 ao considerar célula familiar a união estável entre homem e mulher, desvinculou a família de casamento. Ob. cit. p. 245.

²³ Bem assinala o eminente constitucionalista José Afonso da Silva, em sua obra *direito Constitucional Positivo*, p. 711, “... Não é mais só pelo Casamento que se constitui a Entidade Familiar. Entende-se, também como tal, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e, para efeito de proteção do Estado, também, a União Estável entre homem e mulher...”

²⁴ “Família: local de encontro do cidadão contra as agruras de seu trabalho junto ao lar.” - Encíclica Papal João XXIII.

²⁵ “Família es el conjunto de personas ligadas por el matrimonio o por el parentesco.” Theodór Kipp e Martin Wolff, define família como sendo somente as ligadas pelo matrimônio e a filiação, ocorre porém, que a realidade é outra, na verdade, mesmo à época, tal definição está limitada, e impregnada de discriminação. *Derecho de familia : el matrimonio*. p. 2.

²⁶ Irineu Antonio Pedrotti. *Concubinato - União Estável*.p.6.

²⁷ Frase do Prof. Álvaro Villaça utilizada no acórdão de 21/08/90 pelo relator Cláudio Santos (AASP n. 1.766, 28-10 a 31-11-1992, p. 407-14).

Talvez, seja utopia falar de amor, mas como bem lembrou o filósofo Michel Serres: “sem utopia não se faz mudanças”.²⁸

Acredita-se que o legislador constitucional quando no artigo 226, parágrafo 3.º, dispõe sobre entidades familiares, referiu-se a família em suas formas de constituição, ampliando os horizontes familiares, inovou quanto ao conceito de família para o de entidade familiar, adequando-o mais à realidade social brasileira; e que a intenção era a de realmente facilitar a conversão da união estável em casamento.

Reportando-se novamente, ao ilustre Prof. Irineu Pedrotti, temos que a partir do momento que a união estável passou a ser reconhecida como entidade familiar, através do Constituição de 1988, “os motivos inspiradores que deram ensejo ao Código de 1916, não mais encontram evidência na realidade da família brasileira. Nesse passo, lembra-se de que Pontes de Miranda alertava que o jurista “... há de interpretar as leis com o espírito ao nível de seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade ambiente, e não acorrentado a lago do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do distante futuro.”²⁹

Para Tepedino³⁰, o Texto Constitucional ao se manifestar em relação aos chamados casamentos ou sociedades de fato, ou simplesmente, como união estável, termo com o qual a atual Carta Magna o consagra, veio permitir que este modelo de família não formal, receba a proteção do Estado e seja preservada.”

E, afirma : “(...) Não há dúvida quanto à admissão, pelo constituinte, ao lado da entidade familiar constituída pelo casamento, das entidades familiares formadas pela união estável (art. 226, § 3.º).”

“(...) A comunidade familiar, por sua vez, não é protegida como instituição valorada em si mesma, senão como instrumento de realização da pessoa humana.”

Demonstrando a importância da formalização do casamento, do ato solene que deve precedê-lo, Gustavo Tepedino, confirma a intenção do constituinte em facilitar a conversão da união estável em casamento, desta forma aduz: “Completamente diversa é a tutela do casamento como ato jurídico solene, protegido prioritariamente pelo ordenamento porque (só ele) capaz de trazer absoluta segurança para as relações patrimoniais e não patrimoniais que inaugura, com a constituição da família, seja quanto aos filhos, como no que concerne aos cônjuges e às relações com terceiros que com estes venham a contratar. (...) quis o constituinte que o legislador ordinário facilitasse a transformação (do título de fundação) formal

²⁸ Michel Serres, filósofo francês, frase proferida em entrevista concedida a TV Cultura, Programa Roda Viva, exibido em 22/11/99.

²⁹ Ob. cit., p. 6.

³⁰ “(...) A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento com um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial. Hoje, ao revés, não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana.” Gustavo Tepedino. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: **Bento, Vicente (Org)** *Uma família: problemas e perspectivas*. p 56 -58.

das entidades familiares, certo de que, com ao ato jurídico solene do casamento, seriam mais seguras as relações familiares.”

Diferentemente de muitos outros autores, renomados juristas que criticam a Constituição de 1.988, afirmando que o art. 226, § 3.º veio equiparar a união estável ao casamento, fazendo crer que o legislador constituinte transformou união estável em sinônimo de casamento, ou então, que passou a existir diversos níveis de famílias, Gustavo Tepedino esclarece: “Não pretendeu, com isso, o constituinte, criar famílias de primeira e segunda classes, já que previu, pura e simplesmente, diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação. Pretendeu, ao contrário, no sentido de oferecer proteção igual a todas as comunidades familiares, que fosse facilitada a transformação do título das uniões estáveis, de modo a que a estas pudesse ser estendido o regime jurídico peculiar às relações formais.”

Em elucidativa monografia sobre União Estável, a autora Maria Conceição Martins Ferreira, faz compreender que o reconhecimento da união estável como forma de constituição de família, merece proteção legal, salientando que : “tal constatação jurídica, não implica numa agressão ao casamento, pois os valores familiares e conjugais considerados padrão, são os mesmos para ambas as famílias. Estes, sim, podem ter sofrido alterações em decorrência das múltiplas e constantes influências sofridas pela célula familiar, através de fatores externos que a rodeiam.”³¹

Não se pode esquecer que a família é, e continuará sendo sempre, a célula básica da sociedade, a história revela que mesmo nos Estados mais autoritários, onde o governo controla tudo e à todos, a família jamais deixou de existir, portanto, cumpre ao Estado preservar sua existência de forma a garantir-lhe integral proteção aos seus membros.

Não obstante a criação de leis, o que se percebe é que a família vem se deteriorando, os seus valores, sua importância social vem sendo destruída pouco a pouco; o amor que deve unir seus entes vem perdendo o sentido.

Devagar, a família está se perdendo, os meios de comunicação³² que em horário nobre propagam através de suas novelas, filmes e anúncios publicitários uma visão distorcida da família, vêm, paulatinamente, corrompendo os lares e transformando a família.

Quando se encontra no texto constitucional uma aceitação e proteção legal à toda formação de entidade familiar, ao mesmo tempo que se parabeniza o legislador constituinte, percebe-se que este fato se deu, também, em virtude da influência dos meios de comunicação que difundem e distorcem a formação familiar, pois sabe-se que à partir da invasão da televisão nos lares brasileiros o comportamento

³¹ Maria Conceição Martins Ferreira. *União Estável sua configuração jurídica e seus efeitos*. p. 2.

³² Neste sentido: Arx Tourinho. A família e os meios de comunicação. *Revista de Informação Legislativa*. .p 141-45.

social da família brasileira é muito diferente do existente em décadas passadas.³³

Ressalta-se, que não se é contra a união de duas pessoas sem a sua oficialização, defende-se, primordialmente, o amor, mas isto não basta quando uma das partes é hipossuficiente e sai lesada ao término da relação conjugal, como sempre ocorria e, infelizmente, embora hajam leis à respeito do tema, ainda ocorre nos dias de hoje, pois inúmeras mulheres - na maioria - saem em total desvantagem de uma relação embasada exclusivamente no sentimento.

O legislador constitucional veio atender a uma realidade que a jurisprudência já havia se pronunciado por inúmeras vezes.

Portanto, é de suma importância que se entenda a intenção do texto constitucional que é, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, **facilitar** a sua conversão em casamento.

O trabalho do Prof. Camargo de Vianna traz os resultados do censo do estado de São Paulo dos anos de 1992 e 1993,³⁴ os números demonstram claramente que a família de fato - em situações irregulares - é maior do que as formalmente constituídas³⁵, resultado este que precisa ser revertido para uma maior segurança das relações familiares.

Outro ponto importante a se considerar, é apresentado pelo civilista italiano Pietro Perlingieri, em sua obra introdutória ao estudo do Direito Civil Constitucional ³⁶, que distingue família licita de ilícita: "É oportuno distinguir a união livre, mas estável, entre um homem e uma mulher com única e substitutiva do casamento da outra que se configura como adicional à união matrimonial. A convivência estável e séria entre um homem e uma mulher (fala-se de *família não fundada no casamento* ou, menos apropriadamente, de *família de fato*), sem que nenhum deles seja ligado por um precedente vínculo matrimonial, é um fenômeno de liberdade que não se põe em contraste com precedentes e oficiais assunções de responsabilidade e que não pode certamente colorir-se com as qualificações de ilegitimidade ou de ilicitude. Ilícita, ao contrário, é a convivência que se estabelece quando um dos conviventes seja ligado por um precedente casamento (quando, entende-se, o casamento não tenha sido dissolvido por divórcio ou não tenha sido declarado nulo).

(...) A família não fundada no casamento é portanto ela mesma uma formação social potencialmente idônea par o desenvolvimento da personalidade de seus

³³ Salienta-se que deva existir lei, porém que a mesma se adeque à realidade social das famílias brasileiras, portanto, não pode criar qualquer lei, nem tão pouco, à qualquer preço, advinda de um legislador manipulado pelos meios de comunicação.

³⁴ Rui Geraldo Camargo de Vianna. *Família e Filiação*. "Censo de 1992: 2.236.176 pessoas casadas no civil contra 2.174.876 vivendo em união consensual, e 170.641 casadas só no religioso, o que totaliza 2.345.517 uniões de fato. Censo de 93: 2.290.505 casados civil, contra 2.297.619 uniões consensuais, e 168.270 só no religioso, o que totaliza 2.467.889 casais vivendo uniões de fato."

³⁵ Prova disto foi o noticiado no dia 13/11/99, pelo Jornal Nacional, em uma matéria intitulada Casamento Coletivo, na cidade de São Domingos do Maranhão, no Maranhão, onde houve o casamento de 4.080 casais, que na verdade somente foram oficializar uma situação fática, exemplo maior era um casal que vivia junto há 55 anos, o marido contando com 88 anos de idade, e a esposa com 79 anos, com mais de 100 descendentes, tal solenidade faz parte de um Projeto do Governo do Maranhão, que realizou 20.851 casamentos em um ano.

³⁶ Pietro Perlingieri. *Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. p. 253-54.

componentes e como tal orientada pelo ordenamento a perseguir sua função.”

Cabe salientar que de todos os ramos do direito, indiscutivelmente, o da família é o que tem merecido atenção maior do legislador, no sentido de aprimorá-lo, adaptando-o à realidade. Até então os alimentos entre Concubinos ou o direito à sucessão eram institutos regulados pelos tribunais, através de embasamento jurisprudencial.

4- AS LEIS

Se por um lado a Constituição de 1988 trouxe à luz questões do cotidiano, regulamentando-as, ou pelo menos, permitindo sua regulamentação, parece, como ressalta João Baptista Villela, interferir em questões de foro íntimo da pessoa humana. Para tanto justifica-se aduzindo que: “ Tanto a Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994, quanto a mais recente Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996, aplicaram o quanto puderam de casamento a todas as formas de convivência.”

E, continua, talvez, demonstrando um certo exagero, o qual não se repudia: “A intervenção na esfera da privacidade amorosa chegou a tal ponto que um diário abriu espaço para que se questionasse se ainda faz sentido celebrar o dia dos namorados, já que, em rigor, até mesmo esta instituição, a um só tempo, natural, alegre, espontânea, saudável e indescritível, que é o namoro, parece ter-se convertido em modalidade de casamento.

Nos Estados Unidos galanteio virou assédio sexual, enquanto no Brasil namorar cria direitos e deveres de estado. Tristes tempos estes em que o mundo vai perdendo o sentido lúdico, a descontração se torna suspeita, a responsabilidade civil mora em cada esquina e o convívio humano é antes uma usina de riscos do que uma fonte de prazer...”³⁷

O ilustre Prof. Rui Geraldo Camargo de Vianna³⁸, argumenta no respeitante da seguinte maneira: “(...) face à intervenção do Estado que procura disciplinar, de maneira cogente, o relacionamento do par, a união livre perdeu sua conotação de ligame sem peias para transformar em instituição controlada, à qual a lei, agora, vincula efeitos independentes da vontade do casal, jurisdicionalizando seu comportamento e atribuindo-lhe conseqüências que reputa necessários à disciplina da novel entidade familiar, sujeita, cada vez mais à publicização convertendo-a em união responsável.”

A lei³⁹ é necessária, como já se enfatizou, porém, sem formalismo exagerado, preservando ainda, a liberdade que levou o casal a optar por um modo diferente de união.

³⁷ Op. cit., p.25

³⁸ Op. cit. p.37

³⁹ Para César Augusto de Castro Fiuza. Op. cit. p. 246: “A lei não se pode divorciar do meio a que visa regular, há de ser produto dele, embora possa e deva inovar.”

Lembramos novamente a lição de Pietro Perlingieri - "A intervenção do legislador neste setor deve ser evitada; não somente porque a reflexão da doutrina e da jurisprudência sobre o tema ainda não está madura, mas também porque a mesma concepção da família não fundada no casamento exige liberdade em relação a um enfoque dirigístico que freqüentemente configura, para os direitos da pessoa e para as liberdades pessoais, vínculos que não são necessários para uma correta normal e civil convivência." ⁴⁰

4.1- LEI n.º 8.971/94:

A Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994⁴¹, publicada em 30/12/94, veio a regular o direito a alimentos entre os companheiros, bem como os direitos sucessórios.

A referida lei, regula o assunto preceituando o seguinte: "A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na lei que regula a prestação alimentar (Lei 5.478/68), enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade."

Pela análise do artigo 1.º da referida lei, infere-se que alguns requisitos não concorre para se obter o benefício estampado na mesma. Ei-los:

- a) convivência mínima de 5 anos;
- b) homem ou mulher devem ser solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos;
- c)- o pretendente deve provar a necessidade de receber alimentos (vale acrescentar aqui que tenha o alimentante possibilidade de prestar alimentos, devem ser conjugados os verbos necessitar e poder, embora o texto legal não o diga expressamente). Os mesmos serão fornecidos enquanto o beneficiário não constituir nova união. Saliente-se que o direito em questão abrange homens e mulheres, desde que preencham os pressupostos legais.

Como bem lembra Francisco José Cahali⁴², "é indispensável, para o exercício da ação autorizada pelo referido artigo 1.º, a demonstração de plano da obrigação alimentar, ou seja, da união estável entre as partes, por cinco anos ou menos se existente prole comum. Nota-se que a certidão de filho não bastaria para legitimar a pretensão, pois este fato apenas dispensa o lapso de cinco anos de convivência, mas não retira a necessidade de comprovação da existência de união estável, embora, certamente, seja um relevante indício de concubinato. Tratando-se de meios de prova não se pode esgotar a matéria".

⁴⁰ Op. cit. , p. 254.

⁴¹ Interessante atentar para a data da lei e de sua publicação, parece que feita as pressas e aprovada no final do ano, no final de governo, justamente para se ter tempo hábil para os debates e correções necessários.

⁴² Francisco José Cahali. Dos alimentos na União Estável (Lei n.º 8971 de 29 de dezembro de 1994). *Repertório IOB de jurisprudência*. p.50.

Outro ponto, que convém explicitar, sabiamente observado pelo Prof. Francisco Cahali, diz respeito à culpa, ou seja, no casamento o cônjuge culpado deve alimentos ao inocente, e na união estável, a lei não fez menção a culpa, “entretanto, com a fixação legal de alimentos, não se pode mais permitir o rompimento livre, descomprometido das relações concubinárias, tornando-se necessária a discussão de culpa de um dos companheiros pela separação, especificamente para a apuração da obrigação alimentar, a exemplo da situação dos cônjuges.”

No tocante ao direito sucessório a lei trouxe importantíssima inovação. Instituiu no artigo 2.º, a sucessão ou usufruto sobre os bens deixados pelo falecido, companheiro ou companheira, condicionado, igualmente, a determinadas exigências, quais sejam, o(a) companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união terá direito, ao usufruto (gozar da coisa até a morte) de quarta parte dos bens do falecido, se houver filhos deste ou comuns. Outrossim, ao usufruto de metade dos bens do morto, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes.

Estatui o art. 2.º, III que na ausência de ascendentes ou descendentes o(a) companheiro sobrevivente herdará a totalidade da herança. Neste ponto não se pode imaginar que o legislador eliminou a faculdade de testar do *de cujus*, o dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com o princípio geral dominante do nosso direito, quando regula a capacidade de testar. O convivente supérstite deve ter a sua presença considerada como a de um herdeiro necessário, respeitada eventual disposição testamentária até a metade do acervo hereditário.

Finalmente, prescreve a lei, que, quanto aos bens deixados pelo autor (a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do companheiro(a), terá o sobrevivente direito a metade de seus bens.

4.2- LEI n.º 9.287/96:

No seu artigo 1.º .preceitua que é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Essa lei estabeleceu como direitos e deveres iguais dos conviventes:

- a) o respeito e consideração mútuos;
- b) assistência moral e material recíproca;
- c) guarda, sustento e educação dos filhos comuns (art. 2.º).

Presumem-se frutos do trabalho e da colaboração comum, pertencentes em condomínio aos conviventes, os bens móveis ou imóveis, por eles adquiridos a título oneroso, na constância da união estável. Essa presunção só pode ser afastada por estipulação escrita (art. 5.º), que acredita-se poderá ser instrumentalizada a qualquer momento, sendo essencial o instrumento público se na pactuação estiverem envolvidos bens imóveis. Da mesma forma, salvo estipulação escrita, a administração dos bens comuns cabe a ambos os conviventes.

O art. 5.º, § 1.º deixa claro que não se comunicam os bens adquiridos por um convivente na constância da união estável, como produto de bens existentes

anteriormente à união.

Dissolvida a união estável por rescisão, ao convivente que deles necessitar serão prestados alimentos (art. 7.º), naturalmente enquanto não constituir nova união ou contrair casamento.

Dissolvida pela morte, o convivente supérstite terá o direito real de habitação vitalício relativamente ao imóvel destinado a residência da família, direito que se desconstituirá na hipótese de constituição de nova união ou casamento (art. 7.º, § único).

Essa lei estabeleceu que os conviventes, de comum acordo e a qualquer tempo, poderão requerer ao Oficial do Registro Civil da circunscrição de seu domicílio a conversão da união estável em casamento.(art. 8.º).

A Lei 9.287/96, inovou quando confere a estas questões a competência exclusiva do juízo da família - Vara de Família⁴³, assegurado o segredo de justiça (art. 9.º), e não mais o cível, para proteger os direitos oriundos da livre união. É de se aceitar então uma realidade que é a da diversidade familiar. Nada mais justo já que se defende a família qualquer que seja sua forma de constituição.

5- INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

É importante destacar que o comando constitucional indica que a lei deva **facilitar** a conversão da união estável em casamento, caracterizando, desse modo, o instituto com peculiaridades próprias em face da lei, e conseqüentemente, devendo a merecida distinção.

A lei, ao determinar o facilitar da conversão de união estável em casamento, não quis unificar nem equiparar as espécies, mas preservá-las, de modo a ter preferência a situação de casado e não de união estável, mesmo oferecendo proteção legal para ambas as situações.

No tocante à inconstitucionalidade, comunga-se do pensamento de diversos juristas, que afirmam, serem as referidas leis inconstitucionais, pois na verdade não contemplam esta facilitação prevista no artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal.

Na verdade, a lei ordinária veio facilitar a não conversão. A Constituição Federal quis uma coisa e a lei ordinária fez outra.

Se a atual Carta Magna privilegia o casamento, trazendo a união estável para se tornar casamento, então, as leis que surgiram posteriormente têm esta visão? Se não corresponde, gera a inconstitucionalidade destas leis, pois estão em contradição com o disposto no texto constitucional.

Importante destacar, que a união estável veio gerar mais insegurança quanto a contratar com pessoa solteira ou divorciada, pois nunca se sabe se o patrimônio

⁴³ Antes desta Lei, eram inúmeros os processos pendentes da competência, destaca-se : *JTJ - Volume 178 - Página 259* : "COMPETÊNCIA - Alimentos - Causa decorrente de concubinato - Competência do Juízo da Família e das Sucessões - Interpretação do artigo 226, caput, e § 3º, da Constituição da República, e da Lei Federal n. 8.971, de 1994 - Conflito procedente e competente o Juízo suscitado."

é comum ou não, ou seja, se ela vive em união estável ou não.

Em artigo do Prof. Jorge Lauro Celidônio⁴⁴, o mesmo arduamente proclama a inconstitucionalidade da Lei 8.971/94, tendo em vista que a mesma fere frontalmente ao disposto no art. 226, § 3.º, o qual determina que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, prestigiando desta forma a família originária do casamento que é na realidade aquela base da sociedade para a qual devem tender as uniões estáveis, conforme as disciplinas que as leis devem traçar nesse rumo.

Acontece, porém que, lamentavelmente, não é o que vem ocorrendo no nosso sistema jurídico, pois, estão sendo ignoradas as diretrizes constitucionais, sistematicamente, não só pelos legisladores, como também por doutrinadores e juízes. O ilustre jurista, ataca a referida lei quando observa que no artigo 2.º, os companheiros sobreviventes passam ao terceiro lugar na sucessão hereditária (depois de descendentes e ascendentes), tal qual ocorre com os cônjuges sobreviventes!

E, continua: “Talvez se possa dizer que não há maior estímulo para a continuidade do concubinato ou dessa união estável do que essa lei, que simplesmente prestigia aqueles que, deliberadamente, não querem se casar, colocando-os até em melhor situação do que os casados, o que é um absurdo intolerável. Essa lei, destarte, é intensamente inconstitucional, pois ao invés de estar facilitando a conversão em casamento, desestimulando o concubinato, está, na realidade, estimulando a sua continuidade!”

E, conclui asseverando que “deverá ser arguída a sua inconstitucionalidade por ação a ser proposta, por quem de direito, notadamente o Procuradoria Geral da República.”

No artigo de Ney da Fontoura Boccanera⁴⁵, o autor comenta a Lei 9.278/96, sua falta de nitidez na formulação de seus conceitos e nenhuma coerência com à matéria a ser regulada.

Critica a adoção da terminologia que inovou para definir a nova entidade familiar com a expressão convivência duradoura, ao invés de valer-se da expressão união estável.

Também a supressão do tempo, que a lei anterior continha de 5 anos de vida comum; omitiu também, o estado civil dos companheiros, para que pudessem ser enquadrados entre qualquer dos impedimentos revistos no artigo 183 do Código Civil.

Critica ainda, a expressão “respeito e consideração mútuos” por ser extremamente vaga a expressão utilizada pelo legislador.

⁴⁴ Jorge Lauro Celidônio. Inconstitucionalidade da lei n.º 8.971/94. *Informativo IASP*, p.11.

⁴⁵ Ney da Fontoura Boccanera. *Revista de Informação Legislativa*, p. 233.

Outra importante observação deve ser feita, como bem lembrada na Monografia de Wilson José Gonçalves⁴⁶, que este “facilitar” estaria autorizando que um ato constitutivo fosse, concomitantemente, de desconstituição. Tal ato complexo, permitiria a legalização jurídica da situação das pessoas até então envolvidas e à margem dos modelos sociais desejados.

Tece comentários, ainda, sobre a facilitação do divórcio, processo simplificado, para que os separados de fato possam proceder a conversão; da mesma forma os que separados judicialmente não entraram com o pedido de divórcio.

Diante de todas essas considerações⁴⁷, vale lembrar, ainda, que ao analisar as leis sobre este aspecto, convém trazer à colação, os ensinamentos do Prof. Villela, que faz a seguinte ponderação: “no prescrever ao legislador ordinário que facilite a conversão da união estável em casamento (aqui no sentido ‘estado’, e não no de ‘ato’), a Constituição Federal expressou sua inequívoca preferência pela família formalmente constituída; logo, ofende a constituição situar a união estável em posição mais vantajosa que a do casamento.”

6- O Novo Código Civil – Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

A Lei n.º 10406/02 em vigor desde 10 de janeiro de 2003, a qual trouxe alterações importantes ao então Código Civil, este elaborado em 1916.

As modificações apontadas e discutidas por duas décadas eram necessárias, mas ao ser editada tal lei, muitas destas alterações não correspondiam e nem refletiam a sociedade atual, como é o caso dos artigos referentes ao instituto da União Estável, regulado apenas pelos artigos 1723 a 1727, que apesar de serem inovadores, pois tal assunto não constava do antigo Código, eles não espelham a facilitação da união estável em casamento como é proposto no art. 226 do Texto Constitucional, apenas a reconhece.

O prof. Silvio de Salvo Venosa⁴⁸ no seu capítulo da União Estável, lembra que apesar das leis existentes, do Novo Código Civil e do Texto Constitucional, muitas dúvidas persistem, e aduz: “Impossível equacioná-las por completo em decorrência dessas normas imperfeitas e repletas de imprecisões. O legislador não foi claro, ou porque não soube, ou porque assim não desejou. Desse modo, é difícil sistematizar os direitos dos companheiros e, muito mais que isso, nos casos práticos será por vezes difícil harmonizar efeitos da união estável com efeitos do casamento, quando ambos se apresentam concomitante ou sucessivamente aos olhos do intérprete.”

⁴⁶ Wilson J. Gonçalves. *União Estável e as alternativas para facilitar sua conversão em casamento*. p. 238-54.

⁴⁷ Ainda, quanto a inconstitucionalidade das aludidas Leis 8.971/94 e 9.278/96, encontram-se inúmeros comentários, principalmente no tocante ao art. 9.º da Lei 9.278/96- referente a competência - Vara de Família; nos artigos de Paulo Roberto de Azevedo Freitas. O novo Regime Jurídico da União Estável. *RT 86/736*, p. 40-44; e Gustavo Tepedino, A disciplina civil-constitucional das relações familiares., ob. cit., p.60-68.

⁴⁸ Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil – Direito de Família.*, p. 450-1

E lembra ,que o “legislador do Código Civil optou por distinguir claramente o que se entende por união estável e por concubinato, não podendo mais essas expressões ser utilizadas coo sinônimas, como no passado. O termo *concubinato* fica reservado, na forma do art. 1727, às relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, o que não é também uma expressão muito precisa. Trata-se da união sem casamento, impura ou adúlterina.(...)”

É importante distinguir união estável de concubinato, nessas respectivas compreensões, pois há conseqüências jurídicas diversas em cada um dos institutos. No concubinato podem ocorrer efeitos patrimoniais de uma sociedade de fato, sem que existam outros direitos dedicados exclusivamente à união estável, tratada muito proximamente como se matrimônio fosse. A entidade familiar reconhecida como tal é denominada união estável, conforme o artigo 1723.”

O artigo 1726 é um complemento ao dispositivo constitucional – art. 226, parágrafo 4.º, ao dispor que “*a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no registro civil.*”

Essa conversão em casamento, lembra Venosa⁴⁹, “não prescinde e depende, é evidente, dos procedimentos preliminares e do processo de habilitação regular. Por essa razão, esse artigo e os demais que o precederam com o mesmo sentido são inócuos e nada acrescentam. Sentido haveria na disposição que dispensasse alguns dos procedimentos prévios para a realização do casamento ou se estabelecesse regras patrimoniais retroativas ao termo inicial da união estável, o que não ocorre entre nós.”

Porém, salienta-se que o Novo Código Civil, não exigiu prazo mínimo de convivência para a caracterização da união estável como se fez no passado.

Ainda, é importante ressaltar que o Novo Código não revogou a Lei n.º 8971/94 e a Lei n.º 9278/96, embora muitos celeumas serão criados no respeitante a sucessão e outros pontos conflitantes com relação à União Estável, presentes nos tantos dispositivos legais em vigor sobre o tema.

CONCLUSÕES

Salienta-se que nas relações familiares o amor deve prevalecer, já que não é a lei, mas o sentimento que une as pessoas, porém , cabe ao operador do direito, despojar-se de toda falsa moral e sentimentalismo, buscando soluções concretas com o fim único de resguardar direitos, de proteger a família.

Destaca-se a necessidade da edição de uma lei que corresponda as reais necessidades das famílias constituídas de fato, de uma lei que não gere tantas controvérsias quanto às existentes e, principalmente, que venha atender ao que dispõe a Constituição Federal, ou seja, favorecer a conversão dessas relações em casamento.

⁴⁹ Ibidem, p. 453.

A família brasileira precisa ser preservada, ao legislador cabe a tarefa de criar leis condizentes com a realidade, sem influenciar-se pelos meios de comunicação, nem tampouco legislar buscando favorecimentos pessoais ou interesses escusos.

Ainda, que o Novo Código Civil, ao nosso ver, já nasceu velho, pois em seu bojo encontra-se diversos dispositivos que padecem de atualização.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Francisco. Direito Constitucional: a eficácia do Código Civil Brasileiro após a Constituição Federal de 1998. In: *Repensando o Direito de Família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), Belo Horizonte : IBDFAM, p. 309- 23, 1999.

AQUINO, Felipe R. Q. *Sereis uma só carne*. 4 ed. Campinas: Raboni, 1994.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*. 2ª. ed., Belém: CEJUP, 1987.

BÍBLIA SAGRADA AVE MARIA, 33 ed., São Paulo: Ed. Ave Maria, 2001.

BOCCANERA, Ney da Fontoura. A indefinição da Lei do Concubinato. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 33, n.131, p.233-35, jul./set. 1996.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 29 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, *Decreto - Lei n.º 4657/42 - Lei da Introdução ao Código Civil*

_____, *Lei Federal n.º 3071/16 - Código Civil*

_____, *Lei Federal n.º 883/49*

_____, *Lei Federal n.º 6015/73 - Dispõe sobre os Registros Públicos*

_____, *Lei Federal n.º 6515/77- Lei da Dissolução da sociedade conjugal e do casamento*

_____, *Lei Federal n.º 7250/84 -*

_____, *Lei Federal n.º 7841/89 -*

_____, *Lei Federal n.º 8009/90 - Dispõe obre a impenhorabilidade do bem de família*

_____, *Lei Federal n.º 8069/90 - Dispõe sobre Estatuto da Criança e do Adolescente*

_____, *Lei Federal n.º 8560/90 - Regula a investigação de paternidade*

_____, *Lei Federal n.º 8213/91-*

_____, *Lei Federal n.º 8245/91- Dispõe sobre a locação de imóveis urbanos*

_____, *Lei Federal n.º 8971/94 - Regula os direitos dos companheiros*

_____, *Lei Federal n.º 9250/95 -*

_____, *Lei Federal n.º 9278/96 - Regula o § 3.º do art.226 da Constituição Federal*

_____; *Lei Federal n.º 10.406/02- Novo Código Civil*

CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre os companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Dos alimentos na união estável (Lei n.º 8.971 de 29 de dezembro de 1994)*. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 3, p. 49-51, fev/95.

CELIDÔNIO, Jorge Lauro. *Inconstitucionalidade da Lei 8.971/94*. *Informativo IASP*, p. 11.

DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o direito brasileiro*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

FERREIRA, Maria da Conceição Martins. *União Estável: sua configuração jurídica e seus efeitos*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1998, 219 p.

FIUZA, César Augusto de Castro. *Diretrizes para um Código Brasileiro de Direito de Família*. In: *Repensando o Direito de Família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), Belo Horizonte : IBDFAM, p. 237- 46, 1999.

- FREITAS, Paulo Roberto de Azevedo. O novo regime jurídico da União Estável : A ab-rogação da Lei 8.971/94 pela 9.278/96. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 736, p. 40-44, fev./97.
- FRIGINI, Ronaldo. O concubinato e a nova ordem constitucional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 686, p. 54-64, dez./92.
- GONÇALVES, Wilson José. União Estável e as alternativas para facilitar a sua conversão em casamento. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1998, 254p.
- GORVEIN, Nilza Susana. Família, parentesco y matrimonio: un enfoque sobrela conducta desviada. In: *Direito de família e ciências humanas* NAZARETH, Eliana Riberti e MOTTA, Maria Antonieta Pisano (coord). São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.
- KIPP, Theodor e WOLFF, Martin. *Derecho de familia: El matrimonio*. 2 ed., trad. Por Blas Pérez González e José Castán Tobeñas, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1953, vol. I.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. O ensino do Direito de Família no Brasil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Repertório de doutrina sobre Direito de Família - Aspectos constitucionais, civis e processuais*. v. 4, São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 27-45, 1999.
- MALHEIROS FILHO, Fernando. *A União Estável, sua configuração e efeitos*. Porto Alegre: Síntese, 1996.
- PEDROTTI, Irineu Antonio. *Concubinato : União Estável*. 2^a. ed., São Paulo: Leud, 1995.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro : Renovar, 19
- PESSOA, Claudia G Tabosa. *Efeitos Patrimoniais do Concubinato*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SANTOS, Eduardo dos. *Direito de Família*. Coimbra: Almedina , 1985.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

- TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- _____. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: *A Nova Família: Problemas e perspectivas*. BARRETO, Vicente (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- TOURINHO, Arx. A família e os meios de comunicação. *Revista de Informação Legislativa*. n. 125, Brasília, p. 141-45, jan./mar. 1995.
- VIANA, Rui Geraldo Camargo de Viana. *Família e Filiação*. Tese de titulação. Universidade de São Paulo, 1996.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Direito Civil. Direito de Família*. 3^a ed. v. 3. São Paulo: Atlas, 2003.
- VILLELA, João Baptista. Concubinato e sociedade de fato. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 623, p. 18-25, set./87.
- _____. Repensando o Direito de Família. In: *Repensando o Direito de Família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), Belo Horizonte: IBDFAM, p. 15- 30, 1999.

CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO DIREITO PENAL

João Paulo Orsini Martinelli¹

1. O FUNCIONALISMO PENAL

O funcionalismo penal é uma nova maneira de se construir a dogmática. O funcionalista deixa de lado o conceito de AÇÃO (ponto central das doutrinas naturalista e finalista) e reformula a estrutura do delito tendo como núcleo a FUNÇÃO do Direito Penal. Basta reparar que as escolas naturalista e finalista apóiam-se nos conceitos CAUSAL e FINAL da ação e, a partir daí, desenvolvem as teorias do tipo, da antijuricidade, da culpabilidade, da punibilidade etc.

Pouco se fala da teoria funcionalista no Brasil. Apenas recentemente nossos doutrinadores passaram a expô-la com destaque, dentre eles: PAULO QUEIROZ², LUIS GRECO³, ZAFFARONI⁴ e JUAREZ TAVARES⁵. Provavelmente, a falta de referências ao funcionalismo deve-se à forte influência que o finalismo exerceu nos penalistas pátrios⁶, o que derivou, inclusive, uma legislação penal finalista, especialmente nosso Código Penal de 1940 e sua posterior reforma na parte geral, em 1984.

Para os funcionalistas, o Direito Penal não pode ser construído por elementos pré-jurídicos, ou seja, anteriores ao mundo jurídico. Nas palavras de ROXIN, os adeptos do sistema teleológico-racional estão de acordo na recusa às premissas sistemáticas do finalismo em partir da idéia de que a construção sistemática jurídico-penal não deve orientar-se segundo dados prévios ontológicos, mas ser exclusivamente guiada por finalidades jurídico-penais.⁷

Certamente, o funcionalismo penal não é único, pois seus defensores seguem correntes distintas, uma vez que cada um pode enxergar uma função distinta para o Direito Penal. Entre os principais funcionalistas (e dois dos maiores penalistas do mundo) estão Claus ROXIN e Günther JAKOBS. Para o primeiro, o sistema funcional deve ser construído com finalidades de política criminal, partindo do tipo penal como garantia e expoente do princípio da legalidade. Já o segundo tem uma posição mais radical, defendendo uma dogmática construída em função do próprio Direito Penal em uma acentuada normatização dos conceitos, é dizer, um Direito Penal que sustente a vigência de suas próprias normas.

¹ Bacharel em Direito

² QUEIROZ, *Direito penal – introdução crítica*. São Paulo: Saraiva 2001.

³ GRECO, *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. *Revista Jurídica*, ano 48. Porto Alegre. 2000.

⁴ ZAFFARONI / PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

⁵ TAVARES, *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

⁶ Como exemplo, conferir BITENCOURT, *Manual de Direito Penal – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999; PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

⁷ ROXIN, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, 2002, p.205

Como ilustrou Luis GRECO, longe de mumificar-se em dogmas e ortodoxias, os parâmetros político-criminais do funcionalismo, abertos e plenos de sentido, dão espaço a inúmeras possibilidades de construção, o que assegura uma discussão rica e produtiva.⁸

O presente trabalho seguirá a corrente de Claus ROXIN, por se tratar da maior revolução da dogmática penal e pelas inovações apresentadas nas últimas décadas. Dentre as contribuições de ROXIN podemos citar a teoria do domínio do fato no concurso de pessoas⁹, o princípio da insignificância como excludente da tipicidade, a teoria eclética de prevenção da pena e a teoria da imputação objetiva. Obviamente, devido à sua importância, estaremos fazendo referência, também, a JAKOBS e outros doutrinadores.

2. AS CONDIÇÕES DA CAUSALIDADE

2.1. O NEXO DE CAUSALIDADE

Conforme a doutrina penal, uma ação está ligada ao resultado por um vínculo denominado *nexo de causalidade*. Essa vinculação é fundamental para que seja caracterizado o delito.

Entre a ação ou omissão e o resultado, é necessário avaliar a responsabilidade penal pela autoria. Para tanto, deve haver um pressuposto mínimo nos delitos de resultado para exigir a responsabilidade por este.¹⁰ Falamos, aqui, na causalidade como o elemento do tipo e que, na moderna teoria funcionalista, não é o único vínculo entre a ação e o resultado, acrescentando-se, aí, a imputação (a ser estudada no capítulo posterior).

Conforme assinala TAVARES¹¹, a causalidade não é apenas uma preocupação jurídica, mas a filosofia e as demais ciências também se ocuparam dela. Continua o jurista a separar a noção de causa em dois caminhos: a) como forma de *relação racional*, deduzindo a causa sempre de seu efeito; b) como forma de *relação empírica*, de onde a causa é deduzida de um juízo de previsibilidade.¹²

Este capítulo está reservado às teorias que estudam as condições da causalidade. Desenvolvem-se, a seguir, as teorias da “*conditio sine qua non*”, da adequação e da relevância e da condição conforme a uma lei natural.

2.2. TEORIA DA “CONDITIO SINE QUA NON”

Trata-se da teoria dominante na doutrina atual e também na jurisprudência.

⁸ GRECO, *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, in www.geraldoprado.com.br.

⁹ Sua obra *Täterschaft uma Taherschaft* encontra-se na sétima edição, um feito surpreendente para o mercado alemão.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. p. 70.

¹¹ TAVARES, *Teoria do injusto penal*, 2000, p. 208.

¹² Em sua obra *Teoria do injusto penal*, JUAREZ TAVARES refere-se à problemática da causalidade atingindo a filosofia, na obra de PLATÃO e ARISTÓTELES, as ciências naturais, em KEPLER e GALILEU, e o empirismo de BACON (p. 107 e 108).

Foi adotada pelo Código Penal brasileiro de 1940 e reafirmada na reforma da parte geral em 1984. É conhecida também por teoria da equivalência das condições, ou seja, a condição sem a qual o resultado não poderia ocorrer.

ROXIN refere-se a Julius GLASER como o primeiro defensor da teoria da equivalência, citando trecho de sua obra *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*:

“Há um ponto de apoio seguro para examinar o nexo causal; se se intenta suprimir mentalmente o suposto originalmente da soma dos acontecimentos e então se vê que, apesar deste se produz o resultado, que apesar deste a série sucessiva das causas intermediárias segue sendo a mesma, está claro que o fato e seu resultado não podem reconduzir-se à eficácia dessa pessoa. Se, em contrário, se vê que, se se suprime mentalmente a essa pessoa do cenário do acontecimento, o resultado não poderia se produzir em absoluto ou que haveria produzido por outra via totalmente distinta, está justificado, com toda segurança, considerá-lo como efeito de sua atividade”.¹³

De desenvolvimento posterior mais elaborado, a teoria da equivalência foi utilizada por Maximilian Von BURI, quando juiz do Tribunal do Reich (*Reichsgericht*) e, em seguida, pelo mesmo tribunal, assim como na doutrina, através de inúmeras monografias.

Referindo-se ao alemão KÜHL, CIRINO DOS SANTOS¹⁴ reduz a teoria a seus dois conceitos centrais: a) todas as condições determinantes de um resultado são *necessárias* e, por isso, *equivalentes*; b) causas são as condições que não podem ser excluídas hipoteticamente sem excluir o resultado.

O conceito de “causa” nos é dado pelo próprio Código Penal pátrio. Seu artigo 13, *caput*, traz a seguinte redação: “Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”¹⁵. Complementa ROXIN que se deve considerar causa toda condição de um resultado que não pode ser suprimida mentalmente sem que desapareça o resultado concreto.¹⁶

Mais ainda: não se realiza qualquer seleção entre as inúmeras condições de qualquer resultado, senão que, pelo contrário, consideram-se equivalentes todas as condições, e a esse juízo de equivalência se deve o nome da teoria da equivalência.¹⁷

Nota-se que o conceito de equivalência baseia-se em seu significado pré-jurídico, próprio da filosofia e das ciências naturais. A teoria da equivalência trata cada causa parcial como causa autônoma; e o faz porque na jurisprudência o que importa não é a totalidade das condições, senão somente comprovar a conexão ou nexo entre determinado ato humano com o resultado.¹⁸

¹³ ROXIN, *Strafrecht*, §11, nm. 7.

¹⁴ CIRINO DOS SANTOS, *Moderna teoria do fato punível*, 2000, p. 49.

¹⁵ Mais adiante, haverá uma pequena explanação sobre o artigo 13 do CP que, no meu entender, está obsoleto.

¹⁶ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1994, § 11, nm. 5.

¹⁷ ROXIN, *Strafrecht.*, §11, nm. 5.

¹⁸ ROXIN, *Strafrecht*, §11, nm. 6.

Retomando a idéia de GLASER, a fórmula para a determinação da causa é a da *eliminação hipotética*. Por ela, para saber se determinado fato é causa, devemos eliminá-lo mentalmente para verificar se o resultado ocorreria da mesma maneira. Por exemplo, para saber se o soco que A deu em B foi causa de suas lesões, basta eliminar mentalmente o golpe para perceber se o resultado seria o mesmo.

A fórmula da teoria da equivalência é duramente criticada por ROXIN, pra o qual a mesma é inútil e pode levar a erros¹⁹, especialmente em certos casos de causalidade hipotética e alternativa. Vejamos alguns exemplos:

I) “Se reprovamos a conduta de alguém que havia realizado um fuzilamento ilícito em uma guerra e o mesmo alega que, se não o fizesse, outro teria fuzilado a vítima exatamente da mesma maneira, então poderíamos suprimir mentalmente o fato sem que desapareça o resultado”.

II) “A e B, atuando independentemente um do outro, acrescentam veneno ao café de C. Se C morrer por isso, mas a dose posta por A ou por B havia provocado por si só a morte exatamente do mesmo modo, pode-se suprimir mentalmente a conduta de cada um sem que desapareça o resultado”.²⁰

Analisando os exemplos, percebe-se facilmente os defeitos que a teoria carrega. No número I, houve uma ação dolosa que resultou na morte de uma pessoa. Não obstante, pela fórmula da eliminação hipotética o autor deveria ser absolvido.

Já no exemplo II, os dois agentes tiveram a intenção de cometer um homicídio e, utilizando a fórmula da eliminação hipotética, nenhum deles poderia ser punido. Ou seja, em I e em II não haveria delito algum, mesmo sendo as ações reprováveis.

Como foi possível constatar, por algumas falhas, a teoria da equivalência sofreu certa resistência da doutrina alemã no seu modo original: FRANK desenvolveu a teoria da “proibição do regresso”; KRIES deu início à teoria da “adequação e relevância”; ENGISCH apresentou a teoria da “condição conforme uma lei natural”; entre outros.

2.3. TEORIA DA ADEQUAÇÃO E DA RELEVÂNCIA

Esta teoria, cujo fundador foi Johannes KRIES, foi desenvolvida no final do século XIX e foi sustentada por longo tempo na doutrina científica. Segundo sua formulação, em sentido jurídico-penal, somente é causal uma conduta que possua uma tendência geral a provocar o resultado típico, enquanto que as condições que apenas por causalidade desencadearam o resultado são juridicamente irrelevantes.²¹

A teoria da adequação também permite a apropriada eliminação de nexos causais totalmente incomuns, ou seja, evita o *regressus ad infinitum* da teoria da equivalência²², pois retira fatos passados absurdos para o caso concreto, como,

¹⁹ ROXIN, *Strafrecht*, §11, nm.11.

²⁰ ROXIN, *Strafrecht*, §11, nm. 11.

²¹ ROXIN, *Strafrecht*, § 11, nm. 31.

²² ROXIN, *Strafrecht*, § 11, nm.31.

por exemplo, a relação sexual que gerou o criminoso.

Após passar, ao longo do tempo, por reparos, a teoria da adequação traz a afirmativa de que uma condição é adequada se a mesma aumentou a possibilidade do resultado de modo relevante, é dizer, se realmente a conduta realiza um resultado dado.

A teoria em tela é criticada por ROXIN nos seguintes termos: o juiz deve se colocar posteriormente sob ponto de vista de um observador objetivo que julgue *antes* o fato e disponha dos conhecimentos de um homem inteligente e dotado de conhecimento especial.²³

As críticas mais contundentes à teoria estão relacionadas ao momento do juízo de adequação (anterior ou posterior ao resultado), à posição do observador (ponto de vista do autor ou de terceiro) e à falta de base científica para a análise causal por este meio.

ROXIN, em seu posicionamento doutrinário, sustenta que a teoria da adequação é uma teoria da imputação (e não da causalidade), diferentemente do que afirmam seus defensores. Ela nada mais tenta dar resposta ao questionamento de quais circunstâncias causais são juridicamente relevantes e que podem ser imputadas a um agente.²⁴

O mestre da Universidade de Munique concorda com as palavras de MEZGER, para o qual a teoria da adequação é uma teoria de responsabilidade, ou dito de melhor maneira, uma teoria de relevância jurídica.²⁵ Trata-se de uma teoria insuficiente inclusive como teoria da imputação, pois seu âmbito de operação fica restrito a excluir a imputação nos cursos causais anômalos e incomuns.

2.4. TEORIA DA CONDIÇÃO CONFORME A UMA LEI NATURAL

A penalista Ingeborg PUPPE desenvolveu esta teoria que fora exposta, originalmente, por ENGISCH em sua obra *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände* e hoje predomina na doutrina alemã²⁶.

Para PUPPE, o modo como buscamos a causa de um resultado é muito vago e incompleto. É ineficaz a investigação da uma causa se nem mesmo conseguimos um conceito seguro de *resultado*.

Então, primeiramente, é fundamental que o conceito de *resultado* seja revisito. Nas palavras de GRECO, "a doutrina dominante contentou-se, sempre, em dizer: o resultado que interessa para o Direito é aquele concretamente ocorrido, com todas as circunstâncias de tempo e lugar, com todas as suas características individualizadoras".²⁷

²³ ROXIN, *Strafrecht*, § 11, nm. 32.

²⁴ ROXIN, *Strafrecht*, § 11, nm. 33.

²⁵ ROXIN, *Strafrecht*, § 11, nm. 35.

²⁶ "na doutrina científica, atualmente, reconhece-se o domínio da teoria da equivalência no sentido de que no delitos comissivos o nexa causal é uma condição necessária, ainda que insuficiente, para a imputação ao tipo objetivo" in Roxin, *Strafrecht*, §11, nm. 10.

²⁷ GRECO, in Roxin, *Funcionalismo*, p. 144.

PUPPE reage à esta posição doutrinária, pois, para ela, não existe qualquer limite para a individualização do resultado. Em nossa linguagem, sempre será possível acrescentar-lhe alguma característica, o que torna seu processo de determinação vago para o exame da causa. Então, para PUPPE, o conceito jurídico de *resultado* é meramente a modificação desfavorável de determinado objeto protegido pelas normas jurídicas.²⁸

O que tem que ser explicado pela teoria da causalidade não é a existência de um fato com todos os seus detalhes, mas unicamente a alteração desfavorável por ele sofrida.²⁹

Na fase seguinte, PUPPE parte de que causa de um resultado é toda condição necessária do mesmo segundo leis naturais. No entanto, consideramos causa de um resultado um acontecimento mesmo que este não seja uma condição necessária para sua produção.³⁰

Na verdade, o que denominamos “condição necessária” é uma “condição suficiente”. Uma condição suficiente permite uma inferência do resultado a partir da condição, no entanto, não se faz o mesmo com a condição a partir do resultado. Se exigíssemos como causa uma condição necessária, poderíamos deduzir a causa a partir do resultado sem precisar conhecer o resultado para saber quem é o responsável pelo mesmo.³¹

PUPPE conclui que nosso conceito de causa é uma condição *suficiente* do resultado conforme as leis naturais. Corrige a afirmativa da seguinte maneira: causa é todo *componente necessário de uma condição suficiente* do resultado segundo leis naturais.³²

A condição suficiente é o enunciado da lei natural, sempre em termos genéricos, não podendo conter qualquer particularidade, como nome próprio ou referência a um conjunto determinado de indivíduos.³³

Pode-se comprovar se um fato é componente necessário de uma condição suficiente se pudermos eliminá-lo mentalmente e comprovar se o resto da condição continua sendo suficiente para a produção do resultado.

Continua PUPPE a dizer que não se trata de eliminar mentalmente do mundo determinados fatos e constatar então o que haveria sucedido sem eles. Na verdade, trata-se simplesmente de eliminar mentalmente de uma explicação causal já estabelecida um determinado acontecimento para comprovar se sua explicação sem o mesmo segue como conclusão.³⁴

Portanto, a nova fórmula de determinação da causa passa a ser: *se o resultado continuar sendo derivado dos fatos resultantes após a eliminação mental,*

²⁸ PUPPE, *Der Erfolg*, p. 881 e 882.

²⁹ GRECO, *op. cit.*, p. 146.

³⁰ PUPPE, *Kausalität...*, p. 145.

³¹ PUPPE, *Kausalität...*, p. 148.

³² PUPPE, *Kausalität...*, p. 151.

³³ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 147.

³⁴ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 151.

aquele eliminado não é necessário, por conseguinte, não causal. Será causa somente aquele fato que, uma vez eliminado, não possa derivar o resultado.

Na crítica de ROXIN, esta fórmula não serve para de ajuda para comprovar a causalidade real, pois nada diz a respeito da concorrência do nexos causal conforme às leis.³⁵ Não obstante, tem a vantagem de que não encobre o nexos causal nos casos onde a teoria da equivalência o faz.

3. A IMPUTAÇÃO OBJETIVA

3.1. IMPUTAÇÃO OBJETIVA E TIPO PENAL

Conforme exposto anteriormente³⁶, a teoria do tipo penal sofreu transformações de seu conceito naturalista ao passar para o conceito finalista. Os elementos objetivos mantiveram-se os mesmos (ação, nexos de causalidade e resultado), não obstante, os elementos subjetivos ganharam seu espaço. O dolo saiu da culpabilidade para alocar-se no tipo, passando este a ter a seguinte composição:

TIPO = ação ou omissão + nexos de causalidade + resultado
+ dolo + elementos subjetivos especiais

A estrutura finalista do tipo vem a ser modificada pela imputação objetiva. Não basta estarem presentes os elementos ação, causalidade e resultado para que se possa considerar determinado fato *objetivamente* típico. É necessário, ademais, um conjunto de requisitos. *Este conjunto de requisitos que fazem de uma determinada causação uma causação típica se chama imputação objetiva.*

Resumindo, esquematicamente, a estrutura do tipo objetivo passa a ter a seguinte configuração³⁸:

TIPO OBJETIVO = ação ou omissão + nexos de causalidade
+ *imputação objetiva* + resultado

Dado o esquema que, graficamente, expõe a estrutura do tipo acrescida da imputação objetiva, cabe a pergunta: como se comporta a imputação objetiva na teoria do delito? A esta pergunta tentaremos dar a resposta no decorrer do capítulo.

³⁵ ROXIN, *Strafrecht...*, §11, nm. 14.

³⁶ v. capítulo 2.

³⁷ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 7.

³⁸ Esquema gráfico baseado em trabalho de Luis Greco (in Roxin, *Funcionalismo...*)

3.2. O COMEÇO DE TUDO: A FILOSOFIA DE HEGEL

Na Filosofia do Direito de Hegel, aparece a distinção entre moral *subjetiva* e moral *objetiva*. A segunda é a idéia de liberdade enquanto bem vivente, é o conceito de liberdade que se tornou mundo real³⁹, enquanto a primeira é parte de um plano superior em que a liberdade da vontade é plena, pronta para se tornar realidade⁴⁰.

Explicando melhor: o ser humano possui toda a liberdade para pensar e elaborar sua vontade, por uma perspectiva moral subjetiva, inerente à sua própria pessoa. Para a concretização desta vontade, esbarra o homem nos padrões de vida social e, portanto, restringe sua vontade pelos aspectos da moral objetiva.

HEGEL resume a vontade moral subjetiva em três aspectos⁴¹: a) o direito abstrato ou formal da ação (conteúdo da vontade projetado pelo agente); b) o conteúdo particular interior da ação (o que e quanto a ação vale para o autor); e c) o fim absoluto da vontade é a sua objetividade em si e para si (oposição à universalidade do conteúdo).

A moralidade objetiva é o sistema das determinações que obtém um conteúdo fixo da vontade subjetiva à realidade moral objetiva; é a firmeza que mantém as leis e instituições. Neste momento, a vontade e a liberdade são restritas pelos poderes morais que regem a vida dos indivíduos⁴².

Nestes breves esclarecimentos, percebe-se como a filosofia de Hegel influenciou a teoria da imputação objetiva: sua dialética produz a síntese (imputação do resultado), resultante do confronto entre tese (fato naturalístico) e antítese (conjunto de normas).

3.3. BREVE HISTÓRICO DO DESENVOLVIMENTO DA IMPUTAÇÃO NO DIREITO PENAL

O tema “Imputação Objetiva”, diferentemente de como muitos pensam no Brasil, já é um problema discutido há muitas décadas na doutrina estrangeira, em especial na Alemanha. A teoria da imputação objetiva tem o mesmo significado para a doutrina alemã e européia que o finalismo nas décadas de 50 e 60 ou o conceito de causalidade na época do naturalismo jurídico-penal, no início do século XX⁴³

A idéia de imputação pode ser retirada da própria palavra. PUFENDORF afirma que a palavra alemã *Zurechnung* (= imputação, atribuição) é uma tradução da palavra latina *imputatio*.⁴⁴

Em 1927, com sua tese de doutorado intitulada *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, LARENZ trouxe o conceito hegeliano de

³⁹ HEGEL, *Princípios...*, p. 141.

⁴⁰ HEGEL, *Princípios...*, p. 97.

⁴¹ HEGEL, *Princípios...*, p. 98 e 99.

⁴² HEGEL, *Princípios...*, p. 142.

⁴³ SCHÜNEMMAN, *Über die objektive Zurechnung*, p. 207.

⁴⁴ SCHÜNEMMAN, *Über...*, p. 208.

imputação para as ciências jurídicas. Sua idéia visava resolver o problema da distinção entre *ação* e *acaso*, para dizer realmente se um acontecimento é obra de um sujeito.⁴⁵ Na idéia de LARENZ, a possibilidade de previsão para a imputação deve ser analisada do ponto de vista objetivo, e não subjetivo. Não é o autor concreto, mas a pessoa, o ser racional, que deve estar em condições de prever um determinado acontecimento⁴⁶. Sua obra teve grande importância para que o conceito de imputação fosse apresentado aos juristas.⁴⁷

Poucos anos depois, em 1930, HONIG apresentou sua obra *Kausalität uns objektive Zurechnung*, na qual trouxe o conceito de imputação objetiva especificamente para o Direito Penal. Já na introdução, afirma HONIG que a teoria da causalidade encontrava-se em crise e haveria necessidade de reformulação na teoria do tipo.⁴⁸ Diz que apenas ações humanas são interessantes ao Direito Penal, devendo estas ser os únicos elementos de juízo da imputação.⁴⁹ O grande mérito de HONIG está na clareza das distinções que são feitas entre o plano ontológico (causa) e o plano axiológico (imputação), sendo sua lição de extrema utilidade até os dias atuais.⁵⁰

No ano de 1970, ROXIN expôs a idéia de imputação objetiva no Direito Penal, em sua pequena mas importante obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*⁵¹. O grande mestre da Universidade de Munique, simplificada e, partiu dos seguintes pressupostos da imputação: a criação do risco proibido, a concretização do risco no resultado concreto e a abrangência do tipo. Porém, estes pontos serão desenvolvidos mais adiante.

Além de ROXIN, temos outras formulações de imputação na moderna doutrina penal. Incluem-se as obras de JAKOBS, PUPPE e FRISCH. No entanto, estes notáveis doutrinadores não serão abordados com muita ênfase neste trabalho, devido à linha adotada de ROXIN.

3.4. CONCEITO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Nas palavras do próprio ROXIN, um resultado causado por um agente pode ser imputado ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um perigo para um bem jurídico não coberto pelo risco permitido e esse perigo também foi realizado no resultado concreto.⁵² Ou seja, se o resultado se apresenta como realização de um perigo criado pelo autor, via de regra é imputável, se for cumprido o tipo objetivo.⁵³

Percebe-se que o tipo penal não é completo se apenas considerarmos o

⁴⁵ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 16 e 17.

⁴⁶ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 19.

⁴⁷ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 19.

⁴⁸ HONIG, *Kausalität...*, p. 174.

⁴⁹ HONIG, *Kausalität...*, p. 182.

⁵⁰ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 22.

⁵¹ A obra foi traduzida para o português por Luis Greco (*Política criminal e sistema jurídico-penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000).

⁵² ROXIN, *Strafrecht...*, § 11, nm. 39.

⁵³ Idem, § 11, nm. 40.

nexo de causalidade como elo entre a ação e o resultado. Há necessidade, também, de um elo normativo, que possa servir de limitação ao poder punitivo do Estado. No funcionalismo de ROXIN, a delimitação que o tipo objetivo exerce na configuração de delito deve atender à necessidade de prevenção da pena.

O nexo de causalidade é a mera ligação fática entre ação e resultado. É o fato tão-só naturalístico.⁵⁴ Por exemplo, na observação de NEWTON, a causa de uma maçã ter caído ao solo foi o fato de ter-se rompido do galho. Tal constatação empírica reverteu-se na formulação da teoria segundo a qual, a grosso modo, todos os corpos que apresentam massa estão sob influência da força gravitacional e, quando não apresentam um suporte, são atraídos para o solo.

Levando ao campo do Direito Penal, consideremos, a título ilustrativo, o crime de homicídio. A atirou em B, com a intenção de matá-lo, acertando-o no peito. B faleceu no hospital e foi detectada como causa de sua morte as hemorragias internas decorrentes da lesão.

Ora, do ponto de vista naturalístico, A responderá pelo crime de homicídio doloso, sem mais análises. No entanto, da perspectiva da imputação objetiva, só o fará se preenchidos todos os requisitos legais, no caso, a presença de todos os elementos objetivos e subjetivos do tipo

Retomando a idéia exposta anteriormente, o elemento imputação objetiva será o limite do alcance da norma penal, atendendo ao princípio constitucional da legalidade.⁵⁵ Não se pode imputar o resultado ao agente na mera conclusão da causalidade, independente da teoria causal adotada.

No direito penal pátrio, conforme visto anteriormente, a teoria causal adotada é a da equivalência das condições. Partindo desta afirmação, retomamos o exemplo do crime de homicídio, mas com algumas modificações:

A atira em B, com a intenção de matá-lo, acertando-o no peito. Ao ser socorrido, a ambulância que o conduzia bate em um poste e, em virtude da colisão, B vem a falecer.

Pois bem, houve uma alteração no curso causal da morte de B em relação ao primeiro exemplo. Agora, a morte foi decorrente da colisão em circunstância superveniente. Portanto, a análise deve ser mais cautelosa para saber se o fato é imputável ou não ao agente.

O tipo penal *matar alguém* tem a vida como bem jurídico a ser tutelado. O alcance desta norma é prevenir as mortes conseqüentes de ações diretas do agente. Seria, no caso, a função da norma evitar a morte causada pelo tiro dado pelo agente.

Não é objetivo do tipo penal do artigo 121 do Código Penal prevenir as mortes causadas por acidentes de veículos que não estejam sob o domínio direto ou indireto do autor de um disparo. Então, provado que a morte da vítima não tenha ocor-

⁵⁴ VILANOVA, *Causalidade...*, p. 61.

⁵⁵ Constituição Federal de 1988, artigo 5.º, inciso XXXIX.

rido diretamente pela ação do agente, não poderá este ser condenado pelo homicídio consumado.

O alcance da norma permite, no entanto, que o autor do disparo seja condenado pela tentativa de homicídio. Pois, trata-se de uma ação dolosa, cuja intenção era a morte da vítima, mas sua consumação foi evitada por fato superveniente, contra a vontade do agente. Apesar deste conceito de tentativa estar superado pela doutrina moderna, ainda é o adotado pelo nosso Código Penal.

Vejamos o exemplo de maneira mais detalhada. Há três elementos do tipo objetivo do artigo 121: são eles a ação de disparar, o nexo causal pela equivalência das condições e o resultado morte. Não obstante, faltou o último elemento objetivo do tipo: a imputação objetiva. Portanto, não há de se falar em homicídio consumado.

O exemplo utilizado apenas tentou esclarecer parte das grandes questões suscitadas pela teoria da imputação objetiva. Há alguns pontos que merecem explicação mais detalhada e, a seguir, serão analisados, tais como a criação do risco não permitido, a realização do risco não permitido e o alcance do tipo.

3.5. PRESSUPOSTOS DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Complementando a idéia desenvolvida no item 4.3, faz-se fundamental discurrir sobre os pressupostos da imputação objetiva. A doutrina dominante aceita dois requisitos para que o resultado possa ser objetivamente imputado ao autor: a) a criação de um risco juridicamente proibido e b) a realização desse risco no resultado concreto.

Portanto, dentro da teoria do tipo penal, os elementos objetivos são *ação, nexos de causalidade, imputação objetiva e resultado*; e, na teoria da imputação objetiva, os elementos constitutivos são *a criação de um risco e a realização desse risco*.

ROXIN acrescenta um terceiro pressuposto, distinguindo-se da doutrina dominante: o alcance do tipo. Os pressupostos serão analisados nos itens a seguir expostos.

3.6. CRIAÇÃO DO RISCO JURIDICAMENTE PROIBIDO

ROXIN elabora uma teoria geral da imputação completamente desligada do dogma causal⁵⁶. Parte o mestre alemão da seguinte afirmação: a possibilidade objetiva de originar um processo causal danoso depende de a conduta do agente concreto criar, ou não, um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico.⁵⁷

Para JAKOBS, o risco criado é juridicamente proibido quando não se encontra vinculado à configuração da sociedade, ou seja, não está socialmente adequado⁵⁸.

Enquanto ROXIN direciona sua teoria do risco para a valoração dos bens

⁵⁶ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 58.

⁵⁷ *Funcionalismo...*, p. 58.

⁵⁸ JAKOBS, *A imputação...*, p. 35.

jurídicos protegidos, JAKOBS trata do risco dentre a possibilidade de provocar a instabilidade das relações sociais. No entanto, o presente trabalho seguirá a teoria do risco de ROXIN.

GRECO discorre sobre a metodologia de ROXIN no tratamento da teoria do risco, levantando os estudos dos grupos de casos⁵⁹, que são quatro concretizações do referido princípio.⁶⁰ São tais *topoi*: a) a diminuição do risco; b) os riscos juridicamente irrelevantes; c) o aumento do risco e d) o fim de proteção da norma⁶¹.

3.6.1. DIMINUIÇÃO DO RISCO

Não há possibilidade de imputação se o autor modifica um curso causal de modo que o perigo já existente para a vítima seja diminuído, melhorando a situação do objeto da ação.⁶²

Exemplificando: A percebe que B será atingido por um automóvel e o empurra, atirando-o ao solo, causando lesões leves. Se B fosse atropelado, com certeza as lesões seriam muito maiores, portanto, a conduta de A diminuiu o risco de um resultado mais danoso. Por isso, conclui ROXIN, seria absurdo proibir ações que melhoram o estado do bem jurídico protegido⁶³.

Na hipótese de diminuição do risco, a conduta do agente poderia ser justificada pelo estado de necessidade, não obstante, consideramos que a imputação objetiva é elemento objetivo do tipo. Então, tal conduta não será crime, mas não pela exclusão da antijuricidade, mas pela atipicidade.

Não havendo a imputação ao tipo objetivo, não estão presentes todos os elementos do tipo. Do ponto de vista da política criminal, a conduta será desclassificada como delito porque a lesão ao bem jurídico não é resultado de uma conduta juridicamente proibida.

Pois – como assinala AMELUNG – a antijuricidade trata da solução de conflitos sociais, que resultam da colisão de interesses dos indivíduos e de toda a sociedade.⁶⁴ E, na diminuição do risco, não há conflitos, pelo contrário, há a melhoria da condição do bem jurídico.

3.6.2. AUSÊNCIA DE CRIAÇÃO DO PERIGO (RISCOS JURIDICAMENTE IRRELEVANTES)

Não há imputação ao tipo objetivo se a conduta do autor não aumentou e nem diminuiu o risco ao bem jurídico. Ocorre o mesmo se o perigo já existente não sofre incremento mensurável.⁶⁵

⁵⁹ v. também TAVARES, *Teoria...*, p. 224.

⁶⁰ GRECO, *in* ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 58.

⁶¹ Para mais detalhes, ROXIN, *Strafrecht...*, § 11, nm. 43 a 58.

⁶² ROXIN, *Strafrecht...*, § 11, nm. 43.

⁶³ *idem*, § 11, nm. 43.

⁶⁴ AMELUNG, *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin*, *in* *El sistema...*, p. 95.

⁶⁵ ROXIN, *Strafrecht...*, § 11, nm. 45.

Como ausência de criação de perigo, incluímos as condutas normais do cotidiano, como andar pelas ruas ou tomar banho. Em todas as nossas atividades existem riscos, por menores que sejam. Por exemplo, ao caminhar pelas ruas, assumimos o risco de tropeçar e cair sobre outra pessoa, causando-lhe lesões, desde que não haja descuido.

O direito não se importa com os mínimos riscos socialmente adequados. Entretanto, é necessário fazer uma observação: não se pode confundir as condutas que não incluem criação de perigo com a teoria social da ação. Apesar de alguns pontos comuns, apresentam conceitos distintos.

3.6.3. AUMENTO DO RISCO

Este critério tem em vista a resolução dos casos em que o autor foi além do risco permitido, causou o resultado, mas não se sabe se a ação correta tê-lo-ia evitado.⁶⁶ ROXIN afirma que a imputação é excluída se a conduta alternativa conforme ao direito tivesse levado COM CERTEZA ao mesmo resultado.⁶⁷ É o estudo dos *causais hipotéticos*.

Diferentemente, JESCHECK defende a exclusão da imputação ao tipo objetivo não apenas nas hipóteses de certeza, mas também naquelas em que há *probabilidade* ou *possibilidade* de que o resultado aconteça nas situações permitidas.⁶⁸

O famoso caso elaborado por SAMSON ilustra a situação: A conduz uma locomotiva em um trilho que, mais adiante, está bloqueado por causa de um desmoronamento de uma montanha. Sem ter tempo para frear, B percebe a situação e desvia o trem do trilho da esquerda para o da direita, que também está bloqueado pelo mesmo motivo. O trem colide e A vem a falecer.

Comprovado, no exemplo acima, que o resultado teria ocorrido de qualquer maneira, a conduta que causou a morte do maquinista não será objetivamente imputada ao autor da manobra que desviou a vítima em seu caminho e, conseqüentemente, o fato será atípico.

3.7. O ALCANCE DA NORMA

Na análise da imputação, após verificar se houve a realização do risco juridicamente proibido, cabe observar se o resultado está abrangido pelo tipo penal em questão. Vale dizer: o resultado concreto causado por uma ação ou omissão deve fazer parte da norma incriminadora, ressaltando, mais uma vez, o princípio da reserva legal.

Portanto, se o resultado concreto não estiver no alcance do tipo, não há de se falar em imputação e, portanto, o fato será atípico. Explica TAVARES que a fundamentação desta afirmação não se deve fixar em que o tipo legal de crime vise

⁶⁶ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 58.

⁶⁷ ROXIN, *Strafrecht...*, § 11, nm. 72.

⁶⁸ CIRINO DOS SANTOS, *A moderna...*, p. 118.

a uma determinada e específica norma de proteção, mas sim na subordinação da conduta incriminada às específicas modalidades de atuação com vistas a lesar o bem jurídico.⁶⁹

Os casos de exclusão de imputação pelo alcance da norma podem ser os seguintes: ajuda para a autocolocação em perigo dolosa, a colocação em perigo de terceiro que aceita a condição e a imputação na esfera da responsabilidade alheia.

Ajuda para autocolocação em perigo dolosa: o resultado de ação intencional autopeligosa da vítima não pode ser atribuído ao colaborador da ação, se a vítima conhece o risco existente na ação.⁷⁰ Como exemplo, não se pode imputar o resultado morte a B se este ofereceu cocaína a A e este veio a falecer após aplicar a droga em si mesmo.

Colocação em perigo de terceiro que aceita a condição: a exposição consentida a perigo criado por outrem pode situar-se fora da área de proteção do tipo se corresponder à auto-exposição a perigo, observando o seguinte: o dano deve ser consequência do risco consentido e a vítima deve ter a mesma compreensão *do* e responsabilidade *pelo* perigo que o autor.⁷¹ Por exemplo: o motorista de táxi dirige em alta velocidade por pedido do cliente e este vem a falecer.

Imputação à esfera da responsabilidade alheia: o fundamento da exclusão da imputação nestes casos está na competência do exercício de determinadas profissões que envolvem a exposição ao perigo.⁷² Exemplos dados por ROXIN : o proprietário que, por imprudência, coloca fogo em seu imóvel, não poderá ser responsabilizado pela morte do bombeiro que participou da operação para controlar o incêndio. No entanto, este tópico é dos mais controversos, pois surge a dúvida: poderia ser punido o criminoso pela morte de um policial que o persegue e colide a viatura? Não há uma resposta pacífica, mas a maioria da doutrina contraria a posição de ROXIN, para o qual não se poderia imputar o resultado ao criminoso.

3.8. ACÓRDÃO BASEADO NA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE ROXIN

No direito brasileiro, em recente decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (AC n.º 307.366-7), o apelante foi absolvido pela aplicação da teoria da imputação objetiva. Trata-se do caso em que a vítima faleceu após cair da carroceria de uma caminhonete. Em primeira instância, o apelante fora condenado por homicídio culposo. Sustentando a sentença, o juiz *a quo* considerou apenas o nexo de causalidade entre a ação do motorista em conduzir a vítima em situação precária e o resultado morte. Ignorou-se por completo a análise da imputação do resultado ao autor.

O juiz revisor, ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, corrigindo o erro da sentença, assim fundamentou seu voto:

⁶⁹ TAVARES, *Teoria...*, p. 230.

⁷⁰ CIRINO DOS SANTOS, *A moderna...*, p.114.

⁷¹ CIRINOS DOS SANTOS, *A moderna...*, p. 115.

⁷² ROXIN, *Strafrecht...*, § 11, nm. 104.

“(...) O apelante foi julgado e condenado por ter dado uma carona à vítima na carroceria de seu automóvel, nada mais além disso. Não estava sob efeito de bebidas alcoólicas como ficou comprovado, dirigia com velocidade normal e obedecendo todas as demais regras de circulação, excetuando-se uma: a de transportar passageiros sem a devida segurança.

Noutro giro, observa-se que foi a vítima quem pediu para que o apelante lhe desse carona, insistindo para que fosse transportada em conjunto com outras amigas na carroceria da caminhonete Toyota. Ressalte-se que a prova testemunhal colhida nos autos informa que a vítima fora advertida que deveria manter-se sentada durante todo o trajeto, sendo esta a condição imposta pelo apelante para atender ao seu pedido. Entretanto, por livre e espontânea vontade, preferiu ficar de pé, pagando com sua própria vida pelo ato irresponsável.

(...)

Diante do rigor da teoria *conditio sine qua non*, a relação de causalidade entre a conduta do apelante e a morte da vítima está comprovada: se este não aceitasse o pedido de carona não haveria acidente.

Todavia, o moderno Direito Penal que se constrói objetivando a real proteção da sociedade não mais fica preso ao rigorismo de teorias elaboradas abstratamente, optando por sua construção em face da situação problemática enfrentada no caso prático.

Neste diapasão, a imputação objetiva surge para amenizar o rigor da teoria da equivalência dos antecedentes causais – tão criticada pela doutrina penal – criando a categoria da imputação, constituindo-se num dado valorativo e posterior à causalidade meramente física constatada apenas no plano material.

Assim, a imputação objetiva fulcra-se no denominado princípio do risco, que é consequência da ponderação, própria de um Estado de Direito, entre os bens jurídicos e os interesses de liberdade individuais, segundo a medida do princípio da proporcionalidade.

Pressupõe não apenas a relação de causalidade física entre uma conduta e o resultado, mas que esta conduta tenha realizado um perigo fora do âmbito do risco permitido, criado pelo autor dentro do alcance do tipo objetivo.

Significa, portanto, que a relação de causalidade não será comprovada apenas pelo chamado processo hipotético de eliminação de Thyrén, ou seja, se mentalmente abstraída a conduta não mais se verificar o resultado é porque está demonstrado o nexa causal.

Agora é necessário, conforme dispõe Claus Roxin em sua magistral obra *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, tradução da Abanto Vásquez, M., Lima, 1997, a criação de um risco jurídico-penalmente relevante ou não permitido ou desaprovado, a realização do risco imputável no resultado lesivo e a infringência ao fim de proteção do tipo penal ou alcance do tipo.

A imputação objetiva serve para limitar a responsabilidade penal, constituin-

do-se em um mecanismo para delimitar o comportamento proibido. Ancorada em um sistema coerente de interpretação que se infere da função desempenhada pelo direito penal na sociedade, sua finalidade é analisar o sentido social de um comportamento, precisando se este encontra-se ou não socialmente proibido e se tal proibição é relevante para o direito penal.

Nesse sentido, foram elaborados vários critérios negativos da imputação objetiva, ou seja, hipóteses em que não haverá a valoração da conduta como juridicamente relevante para que o resultado a ela seja imputado, entre eles, o que nos interessa para a resolução do caso em tela, a exclusão da imputação pelo consentimento em uma auto-colocação em perigo.

(...)

Na hipótese dos autos, a vítima se colocou numa situação de risco, por livre e espontânea vontade, servindo o apelante apenas como instrumento de realização de sua conduta perigosa, pois, além de ter insistido para que fosse transportada na carroceria do automóvel, não seguiu as orientações para que se mantivesse sentada durante o percurso, levantando-se e vindo a perder o equilíbrio e cair, batendo a cabeça no chão e morrendo em virtude da lesão cerebral.

O comportamento da vítima é que determinou a ocorrência do resultado lesivo e não a conduta do apelante. Não havendo que se falar em criação, por parte do acusado, de uma situação de risco não permitida, mas apenas em participação na conduta perigosa de outrem, no caso, a vítima. (...)"

O magistrado demonstrou lucidez na decisão e trouxe uma luz de mudanças no pensamento doutrinário pátrio. A base de sua fundamentação foi a autocolocação em perigo por parte da vítima, pois ela possuía o domínio do risco, e não seria político-criminalmente correta a punição ao réu, pois esta não atenderia às finalidades preventivas da pena.

3.9. OUTRAS CONCEPÇÕES DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA

3.9.1. A IMPUTAÇÃO OBJETIVA PARA GÜNTHER JAKOBS

Primeiramente, há de se explicar, em breves palavras, o funcionalismo penal de JAKOBS. Para ele, a função do direito penal é afirmar sua própria vigência. É o direito penal construído *para* o direito penal. Infringir uma norma é provocar a instabilidade do ordenamento jurídico.

Sua obra está sustentada em conceitos sociológicos⁷³. Assim, o direito penal tem como função manter a estabilidade social e preservar as expectativas guardadas nos papéis sociais de cada um. Esses *papéis* se referem à função que o indivíduo desempenha em um específico contato social, ao sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por pessoas intercambiáveis.⁷⁴

⁷³ Para uma boa compreensão da teoria de JAKOBS, v. LESCH, *Intervención...*, p. 39 e ss.

⁷⁴ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 124.

JAKOBS parte do pressuposto da liberdade de comportamento do indivíduo e sua responsabilidade pelas conseqüências. O fundamento liberal de uma “obrigação originária” tem como conteúdo negativo que o outro não deva ser perturbado em sua existência e a jurisdição não se poderia resumir apenas a normas de proibição, mas estas devem atuar junto com as normas de mandato.

Faz JAKOBS uma distinção entre normas de *proibição* e normas de *mandato*. As normas de proibição devem impedir a formação de um motivo que conduza a uma determinada atividade, enquanto as de mandato devem motivar precisamente a uma determinada atividade.⁷⁵

Na teoria da imputação objetiva, afirma o mestre de Bonn que sua função em um tal sistema consiste em determinar os pressupostos que fazem de uma causação qualquer, de um dado naturalista, um complexo significativo, cujo sentido comunicativo é o questionamento da norma, um “esboço de um mundo” no qual a norma não vige.⁷⁶

Sustentando-se no conceito de *ação típica* como sendo aquela em que, de um ponto de vista objetivo, viole um papel, através da figura de garantidor, ao autor somente serão imputados aqueles riscos cuja evitação cumpra a ele garantir, aqueles riscos em face dos quais ele desempenhe uma posição de garantidor.⁷⁷ Portanto, ao violar seu dever de garantidor, o autor cria um risco juridicamente proibido.

Em sua teoria, são irrelevantes todos os conhecimentos que ultrapassem os limites daquilo a que o agente, segundo seu papel social, está obrigado a saber.⁷⁸ Há o famoso exemplo do estudante de Biologia que trabalha como garçom nas horas vagas. Este mesmo rapaz, servindo ao cliente do restaurante, sabe que um cogumelo servido no prato é venenoso. Porém, só é possível este conhecimento em decorrência de suas habilidades como biólogo. Por isso, se o cliente morrer por ingerir o cogumelo, sua morte não poderá ser imputada ao rapaz que, no momento do fato, exercia seu papel de garçom, não se podendo exigir os usos de seus conhecimentos especiais de biólogo.

Duas diferenças são ressaltadas entre as teorias de ROXIN e JAKOBS: a) JAKOBS não leva em consideração os cursos causais hipotéticos na determinação da realização do risco; b) também JAKOBS não adotou o fim de proteção da norma, por considerar este *topos* impreciso.⁷⁹

Finalmente, na teoria da imputação objetiva de JAKOBS, a mesma será excluída nos seguintes casos: a) *criação do risco permitido*: realizado o risco permitido, o tipo será excluído⁸⁰, pois todo contato social envolve determinados riscos⁸¹; b) *princípio da confiança*: ninguém é obrigado a fazer de tudo pela vida social

⁷⁵ JAKOBS, *La imputación...*, p. 849.

⁷⁶ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 122.

⁷⁷ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 125; JAKOBS, *Bemerkungen...*, p. 50; JAKOBS, *Risikokonkurrenz...*, p. 63 e ss.

⁷⁸ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 127; JAKOBS, *Risikokonkurrenz...*, p. 73 e 74.

⁷⁹ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 130.

⁸⁰ JAKOBS, *A Imputação...*, p. 52.

⁸¹ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 126; JAKOBS, *A Imputação...*, p. 34 e ss.

estável porque existe a confiança em que cada um cumprirá sua função social⁸²; c) *proibição de regresso*: não há delito no comportamento socialmente neutro do autor se este for utilizado por terceiro com intuito criminoso⁸³; e d) *competência da vítima*: hipóteses em que o risco se encontra no âmbito da vítima, e não do autor⁸⁴

3.9.2. A DOUTRINA DE FRISCH

Por se tratar de uma complexa e densa teoria – mas uma das mais completas da doutrina – a mesma será exposta em linhas gerais, sem o aprofundamento merecido, uma vez que seu papel, aqui, é de mera complementação.

Na posição de FRISCH, a doutrina dominante teria priorizado a imputação de resultados, esquecendo-se de que seu pressuposto seria o comportamento proibido praticado pelo autor. No entanto, o autor afirma que tal comportamento sequer se pode dizer proibido⁸⁵.

Há de se distinguir *comportamento típico e imputação do resultado*, já que são conceitos construídos com base em normas diferentes, respectivamente, as *normas de comportamento* e as *normas de sanção*.⁸⁶ Seguem tais normas perspectivas *ex ante* e *ex post* ao resultado⁸⁷.

Em primeiro momento, FRISCH constrói sua *teoria do comportamento típico*, dividida em dois planos: no plano constitucional, em que são estudadas as necessidades de intervenção estatal no direito de liberdade, e no plano jurídico-penal, onde, da perspectiva do princípio da proporcionalidade (idoneidade, necessidade e adequação), será cogitada a reprovação social merecedora de sanção penal.

Posteriormente, parte para a concretização do resultado, estudando três grupos de casos: a) comportamentos imediatamente perigosos para o bem jurídico; b) comportamentos que possibilitam ou facilitam autolesões ou autocolocações em perigo da vítima e c) comportamentos que possibilitam, facilitam ou motivam comportamento lesivo de terceiro.⁸⁸

Duas observações pertinentes são levantadas por GRECO a respeito da teoria de FRISCH⁸⁹: a) o autor alemão confere importância às normas que regulam o comportamento, reduzindo a aparente indeterminação do critério proposto para o plano de concretização (os três grupos de casos acima citados); b) inúmeros problemas que a doutrina tradicionalmente resolve no plano de realização do risco são tratados por FRISCH no âmbito do comportamento típico.

⁸² JAKOBS, *Sociedad...*, p. 22 e ss., GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 126.

⁸³ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 126..

⁸⁴ JAKOBS, *Risikokonkurrenz...*, p. 75.; GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 127.

⁸⁵ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 132.

⁸⁶ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 133.

⁸⁷ Posicionamento semelhante possui WOLTER (*Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la "aberratio ictus"*, in *El sistema...*, p. 109 e ss.

⁸⁸ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 136.

⁸⁹ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 136 a 139.

Continua FRISCH na sua construção dogmática partindo para a *teoria da imputação do resultado*. Para ele, o desvalor do resultado deve ser fundamentado pela *ratio* dúplice da insegurança jurídica e da vigência da norma. Faltando essa *ratio*, o resultado não poderá ser imputado ao autor.

No plano de realização do risco, basta apenas uma mudança de perspectiva, da *ex ante* para a *ex post*. Ou seja, basta perguntar se, *ex post*, o que realmente ocorreu foi aquele risco *ex ante* criado, se o curso causal ocorrido era daqueles que a norma tinha por finalidade evitar.⁹⁰

3.9.3. A IMPUTAÇÃO PARA PUPPE

Trataremos, por último, da teoria da imputação de PUPPE, após explanada sua teoria da causalidade⁹¹. Por questões de metodologia, a exposição ficará restrita a alguns pontos.

As duas principais novidades em sua teoria estão na *realização do risco* e no *fim de proteção da norma*. PUPPE pouco difere da doutrina dominante no que diz respeito da criação de riscos juridicamente desaprovados⁹²

Para saber se um risco realizou-se no resultado, tem-se de analisar se o risco criado pelo autor é condição necessária para explica-lo de modo suficiente, se aquelas características do comportamento, que fazem dele algo proibido, sejam partes necessárias da explicação causal⁹³.

Sua principal inovação é trabalhar a teoria da imputação com base em leis meramente probabilísticas, e não deterministas. Visa esse método a corrigir os erros da causalidade onde não se pode afirmar, com certeza, por meio de leis deterministas, a ocorrência de um resultado.

Ou seja, se A aplica veneno na sopa de B, a quantidade aplicada será a condição necessária do enunciado de que toda vez que alguém ingerir uma quantidade X de veneno, morrerá em consequência deste (lei probabilística).

Outro exemplo utilizado por GRECO⁹⁴: numa operação arriscada, o médico comete um erro, vindo a matar seu paciente. Não há qualquer lei determinista que impere que sempre que um médico cometer o erro X, seu paciente morrerá. Há inúmeros outros fatores que podem contribuir para o resultado morte.

Trabalhando apenas com leis deterministas, de que não se pode afirmar que esse erro sempre causará a morte, o médico sempre sairia impune. Portanto, a necessidade das leis probabilísticas se dá no momento de detectar o aumento do risco derivado de uma lei probabilística, para se chegar a uma conclusão sobre o resultado.

Em relação ao fim de proteção da norma, PUPPE vai contra a teoria domi-

⁹⁰ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 141.

⁹¹ V. item 3.4.

⁹² GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 150.

⁹³ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 150.

⁹⁴ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 151 e 152.

nante e o redefine como a *idoneidade genérica para impedir determinada classe de cursos causais*⁹⁵. Quer dizer que não se pode ficar preso à simples interpretação individual do tipo, mas trabalhar com conceitos genéricos.

Compreendem-se nas normas penais todos aqueles cursos causais que o respeito à norma *geralmente* consegue impedir. Se o respeito à norma tiver idoneidade para impedir o resultado não no plano macro, mas no caso específico apenas, o resultado se encontrará fora do âmbito de proteção da norma⁹⁶.

4. QUESTÕES RELEVANTES DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Neste capítulo, estão expostos alguns dos problemas levantados nas doutrinas brasileira e estrangeira surgidos com o desenvolvimento das teorias da causalidade e da imputação objetiva.

Modestamente, estão explicitadas as questões de maneira não profunda por dois motivos: a) a falta de consenso doutrinário e de uma teoria geral da imputação; b) a proposta do trabalho (expor as transformações sofridas na teoria do delito) e seus limites de pesquisa (pouco material disponível no Brasil).

4.1. IMPUTAÇÃO COMO SUBSTITUTA DA CAUSALIDADE

Na doutrina nacional, DAMÁSIO defende, com ênfase, a substituição da causalidade pela imputação. Diz o autor que pretende substituir o dogma causal material por uma relação jurídica (normativa) entre a conduta e o resultado⁹⁷.

Discordando do autor, a posição aqui defendida continua sendo de uma teoria da imputação como elemento suplementar da teoria do tipo, onde se encontra, também, a teoria da causalidade. Ou seja, causalidade e imputação assumem funções distintas, porém, complementares.

A problemática se estende nos casos em que o autor criou o risco juridicamente proibido e este risco se realizou no resultado concreto, porém, por obra de outra conduta. Por exemplo, A atira em B com a intenção de matá-lo, porém, este morre em virtude de uma infecção hospitalar. Como resolver esta questão apenas no plano da imputação? Como distinguir a causação do resultado sem considerar os elementos ontológicos?

Especialmente nos crimes materiais, há necessidade de um dado ontológico para caracterizar o nexo entre ação e resultado. JAKOBS afirma que se não houver um mínimo de naturalismo no resultado, teremos apenas crimes de perigo.⁹⁸

Parece ser mais correto a adoção de uma teoria da causalidade - mais criteriosa - para evitar inequívocos já no primeiro instante da resolução do caso, seguida da análise da imputação objetiva, como meio de aplicar o princípio da legalidade e defender as garantias do autor.

⁹⁵ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 153.

⁹⁶ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 153.

⁹⁷ JESUS, *Imputação...*, p. 23.

⁹⁸ JAKOBS, *Risikokonkurrenz...*, p. 54 e 55, nota de rodapé n.º 4.

A imputação objetiva se faz necessária para evitar certos absurdos, no plano da causalidade, como o regresso *ad infinitum* possibilitado pela teoria da equivalência das condições.

Continuando, ainda, DAMÁSIO propõe a prova do aumento do risco, pura e simplesmente, para imputar o resultado ao réu, nas hipóteses em que for difícil a comprovação do nexo de causalidade⁹⁹, em especial nos delitos ambientais¹⁰⁰.

A discordância, aqui, fundamenta-se na falta de consenso entre a teoria do incremento do risco. Mesmo na Alemanha, país onde o Direito Penal atingiu maior fecundidade, não há uma teoria uniforme que trabalhe o conceito de aumento de risco. Por exemplo, as teorias distintas de ROXIN, JAKOBS e PUPPE. Outros, como FRISCH, nem mesmo aceitam a existência do aumento do risco¹⁰¹.

4.2. O ARTIGO 13 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Apesar de a teoria da imputação objetiva ter passado despercebida em nossa doutrina por muito tempo¹⁰², nosso Código Penal já a incorporava, de forma discreta, em seu artigo 13, § 1.º, do Código Penal, cuja redação é a seguinte:

A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.”

Trata-se de um instrumento que o legislador utilizou para evitar os abusos da teoria da *conditio sine qua non*, imperante no *caput* do artigo 13, como o regresso das causas que fuja do bom senso jurídico, e outras imperfeições que possam levar a erros grotescos.

A própria redação do código traz o verbo *imputar* na explicação das causas supervenientes independentes. Quer dizer, não há impedimentos para a adoção de uma teoria da imputação objetiva em nosso ordenamento.

A doutrina tradicional ocupou-se em estudar a teoria da imputação como a *teoria das concausas*, segundo a qual a causa preexistente, concomitante ou superveniente, que, por si só, produz o resultado, não permite que o resultado seja imputado ao autor.¹⁰³

Um pouco diferente da opinião dominante é a de REALE JR., segundo o qual o ordenamento brasileiro adotou a teoria da relevância. Descreve a verificação da ação como *conditio sine qua non* do resultado e a redução do âmbito de relevância causal, pelo exame do aspecto psicológico, que atua como fator limitativo da impu-

⁹⁹ JESUS, *Imputação...*, p. 80.

¹⁰⁰ Por meio do direito ambiental, o legislador brasileiro introduziu a figura da responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma das grandes aberrações de nosso sistema legislativo, portanto, não é aceitável que também se aumente a problemática em torno destes crimes, ceifando a causalidade dos respectivos tipos. Mas este é um tema que merece desenvolvimento em trabalho a parte.

¹⁰¹ V. capítulo 4.

¹⁰² Faça-se justiça a TAVARES que, em 1985, em sua obra *Direito penal da negligência* (São Paulo / RT) já discorria sobre a teoria da imputação objetiva (p. 151 e ss).

¹⁰³ Como exemplo, JESUS, *Direito penal...*, p. 223 e ss.

tação estritamente causal.¹⁰⁴ Nota-se que o mesmo autor não faz, ainda, alusão à teoria da imputação objetiva.

Recentemente, CIRINO DOS SANTOS faz a distinção entre causação e imputação¹⁰⁵ do resultado sustentando-se no artigo 13, § 1.º do Código Penal, afirmando que a lei brasileira considera a *independência relativa* do novo curso causal como excludente da *imputação* do resultado – não como excludente da *relação de causalidade*¹⁰⁶.

A posição aqui adotada segue a defendida pelo professor paranaense, segundo a qual o tipo penal é construído pelos elementos objetivos e subjetivos, sendo aqueles a tipicidade, a causalidade, a imputação objetiva e o resultado.

Mas o problema descrito neste tópico não fica restrito à terminologia ou a aspectos teóricos. Chama a atenção GRECO para a maior extensão da teoria da imputação objetiva e pelos erros a que a combinatória de causas (supervenientes, antecedentes e concomitantes) pode levar, com conseqüências drásticas de uma responsabilidade objetiva, sem culpa, com base no mero nexo causal.¹⁰⁷

4.3. CRÍTICAS DA DOUTRINA NACIONAL

Dentre os doutrinadores brasileiros, QUEIROZ encontra-se entre os maiores críticos da teoria da imputação objetiva. O autor não nega a sua importância, porém, afirma que existe demasiado grau de abstração na teoria, o que não passa, em boa parte, de pura especulação¹⁰⁸.

Sustenta-se o autor nos posicionamentos de GIMBERNAT ORDEIG. Primeiramente, em relação aos crimes culposos, se o autor se mantém dentro do risco permitido, não haveria imputação objetiva simplesmente porque não existe, em tal caso, culpa, já que o autor, atuando dentro do risco socialmente tolerado, não infringe, assim, o dever objetivo de cuidado, de sorte que não é necessário apelar à teoria da imputação objetiva¹⁰⁹.

Ilustrando a situação: A trafega por uma via dentro do limite permitido e, sem qualquer intenção, atropela B. Pela teoria da imputação objetiva, o resultado não seria imputável ao autor porque o mesmo atuou dentro do risco tolerável pela sociedade. Para GIMBERNAT, não haveria tipicidade unicamente pela ausência do elemento *culpa*, sem necessidade de examinar os grupos de casos da teoria da imputação objetiva.

Continua QUEIROZ em sua fundamentação analisando o risco permitido como sendo a inexistência de imprudência, imperícia ou negligência, o que significa ausência de culpa¹¹⁰. Argumenta, por exemplo, que não há culpa quando o agente não

¹⁰⁴ REALE JR., *Teoria...*, p. 178 e 179.

¹⁰⁵ CIRINO prefere o termo *atribuição* ao termo *imputação*.

¹⁰⁶ CIRINO DOS SANTOS, *A moderna...*, p. 53.

¹⁰⁷ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 172.

¹⁰⁸ QUEIROZ, *Direito penal...*, p. 138.

¹⁰⁹ QUEIROZ, *Direito penal...*, p. 135.

¹¹⁰ QUEIROZ, *Direito penal...*, p. 136.

possui dever objetivo de garantidor em relação a outrem e sua omissão for causa do resultado.

Em relação aos crimes dolosos, haverá ausência de *culpa* – e não exclusão da imputação – nas hipóteses em que o autor sugere à vítima que faça alguma atividade perigosa, porém, permitida. Exemplo: A sugere a B que pratique algum esporte violento, com a intenção de que este morra. A mera intenção não configura *culpa* e, portanto, não há tipicidade. Se o fato realizado constitui uma conduta correta – por mais que se realiza com más intenções – então, para um Direito Penal regido pelo princípio do fato, não existe tampouco uma manifestação externa à qual se possa vincular uma proibição penal¹¹¹.

Conclui sua crítica invocando mais uma vez GIMBERNAT, dizendo que a teoria da imputação objetiva é uma teoria que não se sabe exatamente o que é, nem qual é o seu fundamento¹¹².

Preferimos a posição de TAVARES, concordando com o autor carioca quando este afirma que a imputação do injusto não é uma questão pura de tipicidade, mas se estende também a temas de permissão, sendo elemento da construção do injusto de garantia¹¹³. Ora, se o que se busca é o Direito Penal garantístico, não se pode dispensar a teoria da imputação objetiva apenas porque os exemplos utilizados por nossa doutrina são fantasiosos; deve-se, antes de tudo, estudá-la a fundo e aperfeiçoar seus fundamentos porque ainda é uma teoria recente e pouco conhecida em nosso território.

4.4. AS LEIS CAUSAIS PROBABILÍSTICAS

É-nos apresentada por PUPPE a teoria do incremento do risco substitutiva da causalidade, segundo a qual a imputação é possível com bases em leis de probabilidade. Diz que as leis deterministas não apresentam soluções nos casos concretos em que a causalidade não está determinada.¹¹⁴ A autora parte da idéia de que “o ajustamento das leis – como regra escrita ou, quando menos, de probabilidade – não é somente pressuposto teórico de um conceito razoável de causação, senão também pressuposto normativo razoável de imputação”¹¹⁵.

Quando um juiz não apresenta habilidades para resolver uma discordância entre especialistas das ciências naturais sobre a validade de uma lei causal, pode, e deve, decidir se um fator determinado foi causal ou não de um dano no caso concreto, já que isto não implica uma decisão sobre a validade de uma lei causal.¹¹⁶

Porém, na atualidade, já não é mais seguro afirmar que as ciências naturais disponham de verdades absolutas e eternas para nós.¹¹⁷ PUPPE sustenta a posi-

¹¹¹ QUEIROZ, *Direito penal...*, p. 136.

¹¹² QUEIROZ, *Direito penal...*, p. 138.

¹¹³ TAVARES, *Teoria...*, p. 246.

¹¹⁴ PUPPE, *La imputación...*, p. 28; *Der Erfolg...*, pp. 902 e 903.

¹¹⁵ PUPPE, *La imputación...*, p. 21.

¹¹⁶ PUPPE, *La imputación...*, pp. 17 e 18.

¹¹⁷ PUPPE, *La imputación...*, p. 25.

ção de que deve ser exigido o mais alto grau de certeza que, em geral, as ciências naturais podem oferecer para a aplicação de uma lei causal. E, continua:

“Uma lei dotada de certeza permite deduzir forçosamente a consequência através da causa, pois a causa se apresenta como a condição suficiente para a consequência. Uma lei de certeza será, pois, absoluta se permite uma dedução forçosa da consequência. Uma lei de probabilidade nunca permite uma dedução forçosa da consequência, senão somente uma dedução baseada em uma maior ou menor probabilidade de aparição desta consequência. Disto não resulta critério algum para o caráter absoluto da lei, porque uma lei de probabilidade será absoluta se oferece o grau mais alto de probabilidade, isto é, se contém todos os fatores que elevam a possibilidade da aparição do resultado.”¹¹⁸

Os enunciados teóricos gerais são provados através de comprovações experimentais ou estatísticas e de sua compatibilidade com outros princípios teóricos universalmente reconhecidos. PUPPE discorda da jurisprudência do Tribunal Federal alemão, afirmando que “mediante o informe pericial não se prova uma lei causal, informa-se somente sobre sua comprovação efetuada de uma maneira distinta. Neste sentido, o juiz não pode decidir sobre a validade de uma lei causal mediante uma “valoração global” das circunstâncias do caso concreto, como opina o BGH. Deve, pois, decidir se as razões expostas pelos peritos são suficientes para aceitar-se a lei causal”¹¹⁹.

Uma das hipóteses em que PUPPE inclui a utilização de leis probabilísticas refere-se às lesões posteriores a tratamentos médicos. Por exemplo, um paciente vem a falecer porque o médico se omitiu em aplicar sessões de determinada terapia que possibilitaria o prolongamento de sua vida. Estatisticamente, está comprovado que 95% dos pacientes que se submetem à terapia sobrevivem por mais dois anos. Então, cabe a indagação: como provar que o paciente não estaria no grupo dos 5% que não sobrevivem, mesmo com a terapia?

Argumenta PUPPE que muitos processos patológicos e também os processos de cura não são vistos nas ciências médicas modernas como plenamente determinados por leis causais.¹²⁰ Há necessidade de aplicação de leis de probabilidade para decidir sobre a imputação no caso exemplificativo.

PUPPE faz ressalvas à teoria do incremento do risco substitutiva da causalidade. Diz que uma lei dotada de certeza permite deduzir forçosamente a consequência de sua causa, dado que esta se apresenta como condição suficiente para aquela¹²¹. “Uma lei de certeza será, pois, absoluta se permitir uma dedução forçosa da consequência. Sem embargo, uma lei de probabilidade nunca permite uma dedução forçosa da consequência. Disto resulta critério algum para o caráter absoluto da lei, pelo que uma lei de probabilidade será absoluta se oferece o grau mais

¹¹⁸ PUPPE, *La imputación...*, p. 31.

¹¹⁹ PUPPE, *La imputación...*, p. 25.

¹²⁰ PUPPE, *La imputación...*, p. 27.

¹²¹ PUPPE, *La imputación...*, p. 31.

alto de probabilidade, isto é, se contém todos os fatores que elevam a probabilidade da aparição do resultado”¹²².

Fica evidente que a utilização da teoria do incremento do risco substituta da causalidade merece todo cuidado se for aplicada, uma vez que no plano teórico não há segurança sobre a indeterminação da representação causal, é dizer, se esta se deve a uma determinação não absoluta do processo ou ao conhecimento não absoluto de suas determinantes¹²³.

5. A IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A intenção deste capítulo é trabalhar um pouco a prática da teoria da imputação objetiva, para mostrar como a mesma pode ser mais do que apenas um amontoado de idéias teóricas.

Alguns acórdãos foram separados e suas decisões analisadas. Em seguida, foi colocada uma nova solução para a mesma questão, aplicando o que fora até aqui exposto.

A pesquisa jurisprudencial iniciou-se com a obra *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, organizada por Alberto SILVA FRANCO e Rui STOCCO (editora Saraiva, 2001), e, em seguida, com a leitura em inteiro teor do acórdão.

SITUAÇÃO 1 (Ap. 981.353-6 – TACRIM/SP): Motorista foi condenado por lesão corporal culposa após trafegar na contramão e provocar outro acidente, decorrente de uma moto que se desviou por causa de sua imperícia.

O condutor da moto, que estava na mão correta, ao perceber que o réu vinha pela contramão, manobrou para a diagonal, colidindo com outro veículo. Tanto aquele que conduzia a moto, como o condutor do veículo, ficaram feridos.

O fundamento do voto foi a teoria da equivalência das condições, pois o resultado somente ocorreu pela manobra incorreta do réu e, se esta fosse hipoteticamente eliminada, o resultado não teria ocorrido.

Poder-se-ia, no caso em tela, resolvê-lo pela teoria da imputação objetiva. Houve, sem dúvida, uma violação ao dever de cuidado, resultando em um risco juridicamente proibido (trafegar na contramão). O Código Brasileiro de Trânsito tem, como uma de suas finalidades, proteger os motoristas e pedestres, regulando condutas que devem ser obedecidas.

O resultado foi a lesão corporal das vítimas, o que poderia ser impedido se o risco não fosse criado. Ou seja, o alcance da norma de trânsito atinge a integridade física das pessoas que trafegam pelas ruas. Uma manobra mais responsável do réu poderia ter evitado o resultado.

Salta-se aos olhos que o motorista agiu de maneira contrária ao ordenamento jurídico. Criou um risco juridicamente proibido, este risco foi realizado no resultado

¹²² PUPPE, *La imputación...*, p. 31.

¹²³ PUPPE, *La imputación...*, p. 32.

concreto e o alcance da norma não se extrapolou.

Uma decisão fundamentada apenas na mera eliminação hipotética poderia provocar uma pena injusta, por exemplo, por homicídio culposo, caso um dos lesados morresse no hospital em virtude de infecção que nada teve a ver com o acidente. Pois, a vítima não estaria hospitalizada se o autor agisse, anteriormente, com prudência.

SITUAÇÃO 2 (RJTJSP 1/210): O autor de lesões corporais foi condenado por homicídio culposo, pois a vítima ficou assustada com as agressões e morreu em consequência de parada cardíaca, pois seu coração estava fragilizado pelo “Trypanosoma cruzi”.

Este é um caso que teria outro desfecho se o magistrado tivesse ministrado a teoria da imputação objetiva. A vítima faleceu em virtude de uma parada cardíaca, e não pelas lesões sofridas. Não se poderia tipificar o crime como lesão corporal seguida de morte.

O autor desconhecia a doença da vítima, que estava contaminada pelo “Trypanosoma cruzi”, o que realmente fragilizou sua resistência orgânica. Mas o desconhecimento dessa fragilidade afasta a culpa por homicídio, uma vez que a conduta não configura negligência, imperícia, ou imprudência. A intenção do autor era apenas lesar a vítima.

Portanto, o risco juridicamente proibido foi criado dentro do alcance da norma do artigo 129 do Código Penal, e não do artigo 121. E o resultado concreto não se insere aqui. O réu deveria, por conseguinte, ter sido condenado pelo crime de lesão corporal dolosa.

SITUAÇÃO 3 (JUTACRIM 84/407): A vítima, ao ser assustada pelo réu, correu em direção à pista, onde, inesperadamente, foi atropelada, vindo a falecer. O réu foi absolvido com fundamento na teoria das concausas (causa superveniente que, por si só, produziu o resultado).

Apesar do julgamento favorável ao réu, o conteúdo da decisão não encontra mais respaldo na moderna doutrina. Como dito anteriormente, a teoria das concausas foi colocada às margens pela teoria da imputação.

O caso seria facilmente resolvido pela exclusão da imputação, pois não houve um risco juridicamente proibido. O artigo 121 do Código Penal não tem qualquer intenção de proibir sustos. E, também, não estava o risco sob domínio do autor, uma vez que o próprio acórdão relatou que o veículo surgiu repentinamente.

SITUAÇÃO 4 (RJTJSP 106/454): Mulher foi vítima de atropelamento, resultando em morte, após fugir dos agentes, que a mantinham dentro de automóvel, nas proximidades da Via Dutra. A vítima estava embriagada e a intenção dos agentes era de, com ela, manter relações sexuais.

Aqui, houve a criação do risco juridicamente proibido, pois o Direito proíbe condutas que privem as pessoas de sua liberdade sexual. Porém, este risco não se realizou no resultado (que deveria ser o estupro, por exemplo). O resultado foi a morte.

O ato de tentar manter relações sexuais com a vítima despertou seu ímpeto para fugir. E, conforme conhecimento de uma pessoa mediana, uma fuga pela Via Dutra provavelmente não terminaria sem acidentes, ainda mais quando se está embriagado.

No entanto, não era a morte a intenção dos agentes. O que aconteceu foi o comportamento imprudente por parte deles, ao praticar o ato em região perigosa. Então, o risco juridicamente proibido se realizou no resultado morte, por *culpa*.

Afirmar que a vítima causou o risco de um acidente ao correr pela rodovia seria dizer que a mesma deveria se entregar aos agentes e manter relações sexuais, como se fosse de sua vontade.

Finalizando, o resultado somente poderia se imputar aos réus a título de culpa, o que seria, por conseguinte, o homicídio culposo, e não doloso, como decidiu o tribunal, com base na teoria da equivalência das condições.

SITUAÇÃO 5 (TJSP – HC 182.240-3/5): O Ministério Público denunciou o médico que não efetuou transfusão de sangue ao paciente menor, por recusa da própria vítima e de seus pais, por homicídio doloso (dolo eventual).

Caso muito delicado que envolve crenças religiosas, traz à tona a questão do consentimento da vítima. O médico tentou por vários meios convencer a família de que a transfusão de sangue seria essencial e, mesmo assim, houve a recusa. A vítima, algum tempo depois, veio a falecer.

O Ministério Público entendeu que o médico agira com dolo eventual, em crime de homicídio comissivo por omissão. Não é justa a alegação, e muito menos seria uma possível condenação.

A vítima, apesar de menor, estava sendo representada pelos pais. E, juntos, negaram a transfusão por entenderem que o ato feriria os dogmas de sua religião. Como houve expressa advertência médica (como registrado nos relatórios do hospital) do perigo eminente, o risco estava sob domínio da própria vítima.

A doutrina afirma que a autocolocação em perigo da vítima exclui a imputação. Se não fosse assim tratado o caso, a inação do médico seria causa do resultado, e não haveria exclusão do nexo de causalidade pela teoria das *concausas*. Resultaria, portanto, na sua condenação por homicídio doloso, o que em nada refletiria a justiça de um Direito Penal democrático.

SITUAÇÃO 6 (RJTJSP 25/565): Vítima de agressões foi submetida a cirurgia e, em razão de complicações provocadas por esta, veio a falecer. O juiz entendeu que houve nexo de causalidade e condenou o réu por homicídio doloso (dolo eventual). A defesa recorreu alegando causa superveniente, mas o tribunal manteve a sentença, defendendo a tese do Ministério Público de que havia relação de causalidade.

Erraram os juízos *a quo* e *ad quem* em suas decisões e fundamentações. O laudo médico comprovou que a morte foi resultado de complicações decorrentes da cirurgia. Obviamente que a cirurgia só foi precisa por causa das agressões, configurando o nexo de causalidade pela teoria da *conditio sine qua non*. Mas não há

como imputar o homicídio.

O risco juridicamente proibido foi o do artigo 129 do Código Penal, e não o do 121. A intenção do agente era a de lesar a vítima, o que realmente aconteceu. Porém, o mesmo risco não se efetivou no resultado concreto, mas sim a morte.

O agente deveria, pela argumentação da teoria da imputação objetiva, ser condenado pelo crime de lesão corporal grave. E, mesmo que tivesse a intenção de matar, responderia apenas pela tentativa de homicídio, pois a morte seria derivada de causa alheia ao alcance do autor.

SITUAÇÃO 7 (RJACRIM 42/189): Médico foi acusado pelo Ministério Público pelo crime de lesão corporal culposa, após observar que o quadro clínico do paciente era mais grave do que o esperado, não realiza a cirurgia que inicialmente pretendia. Originariamente, o médico efetuaria a cirurgia do apêndice, porém, colocou um dreno local e o paciente piorou. O mesmo foi transferido para outra cidade, onde recuperou sua saúde.

Os médicos que realizaram a cirurgia na outra cidade constataram que o procedimento do acusado foi correta, pois o estado clínico do paciente não era simples e, por isso, necessitava de cuidados anteriores à cirurgia, havendo o risco de uma piora, o que veio a ocorrer.

Os membros do Ministério Público entenderam que houve imperícia do primeiro médico e esta teria sido a causa da piora. Não obstante, demais médicos confirmaram o contrário.

O juízo *ad quem* decidiu pela absolvição do médico, entendendo que o fato foi atípico, pois carecia de elemento subjetivo do tipo. Mas não é só isso. O procedimento do acusado diminuiu o risco de um resultado de lesão ao paciente, o que exclui a imputação.

O caso em tela incide no *topos* em que ROXIN considera não haver a imputação ao tipo objetivo porque houve diminuição do risco, tendo a conduta impedido resultado que poderia ser pior que a sua piora no quadro clínico. Note-se que, segundo o laudo médico, a queda do quadro clínico era previsível, porém, necessário.

SITUAÇÃO 8 (RJD 11/109): Vítima falecida por ocasião de uma parada cardiorespiratória, durante cirurgia para reparação de fratura decorrente de atropelamento.

O agente conduzia o veículo com imprudência, imprimindo-lhe alta velocidade. Obviamente esse comportamento aumentou o risco proibido pelas normas de trânsito, sendo o resultado objetivamente imputável ao motorista.

Foram duas etapas de complicação pelas quais passou a vítima: a primeira, as fraturas conseqüentes do atropelamento; a segunda, a parada cardiorespiratória durante a cirurgia. Portanto, a morte não foi mera obra do acaso: pode-se dizer, com segurança, que foi a realização do risco no resultado concreto.

A decisão do magistrado foi baseada meramente na esfera da causalidade, sustentando-se no “desdobramento” de causas, a segunda como conseqüência da

primeira. Foi o motorista condenado por homicídio culposo.

Apesar da decisão acertada, a fundamentação meramente apoiada na causalidade poderia trazer um ponto de insegurança. Se a morte fosse resultante de qualquer tipo de infecção hospitalar, seria a mesma, também, um “desdobramento” das fraturas originárias. No entanto, o resultado morte não seria a realização do risco aumentado e a pena mais justa seria a lesão corporal culposa.

SITUAÇÃO 9 (JUTACRIM 72/272): Vítima de atropelamento falece no decurso do tratamento, por complicações decorrentes das fraturas.

Aqui, a situação é semelhante à anterior. Uma única diferença é a fundamentação do magistrado. Diz o mesmo que a “relação causal entre a conduta do agente e o resultado morte não deixa de subsistir, ainda quando, para tal resultado haja contribuído, por exemplo, particular condição fisiologia da vítima ou a falta de tratamento adequado”.

Essa argumentação é muito perigosa para o Direito Penal das garantias. Não se pode - como exaustivamente desenvolvido no trabalho - focalizar o vínculo entre conduta e resultado no mero exame da causalidade.

Não é necessário recorrer à teoria da imputação objetiva para detectar o equívoco. Basta voltar aos olhos à superada teoria das concausas para perceber que foram desprezadas as chamadas causas anteriores, concomitantes e supervenientes.

Ao conduzir o veículo em alta velocidade, o agente aumentou o risco juridicamente proibido pelas normas de trânsito. Estas têm como uma das funções prevenir acidentes de maneira geral, e não especificamente aos portadores de determinadas doenças.

Exemplificando: se a vítima atropelada fosse portadora de hemofilia e, por causa desta peculiaridade, viesse a falecer, pois seu organismo é mais frágil do que o de uma pessoa não-hemofílica, não poderia imputar o crime de homicídio ao agente. Não há normas que proibam atropelamentos à pessoas hemofílicas, especificamente.

Abrem-se duas questões: se o agente sabe que a vítima é portadora de hemofilia, imputa-se o crime de homicídio doloso; se não sabe da doença e esta vem a ser causa da morte, imputa-se-lhe o crime de lesão corporal culposa.

Fica evidente que a imputação objetiva é necessária para evitar erros assim, pois não se pode olvidar que as normas penais são destinadas aos cidadãos em geral, e não a pessoas determinadas.

SITUAÇÃO 10 (Súmula 174 do STJ): Trata-se da polêmica súmula que inclui o uso de arma de brinquedo como qualificadora do crime de roubo.

A análise da súmula pode ir além de um estudo das elementares do tipo, atingindo o plano da imputação objetiva.

É sabido por todos que uma arma de brinquedo não pode causar os mesmos danos que uma arma verdadeira, em especial lesões graves ou, até mesmo, a morte da vítima.

Portanto, aquele que faz uso de arma de brinquedo para subtrair algo não cria um risco juridicamente proibido de provocar lesões graves. Obviamente que a vítima não procuraria saber se a arma é ou não verdadeira, sentindo-se ameaçada como se o fosse. Mas a questão da qualificadora consiste no POTENCIAL ofensivo.

Se a potencialidade de cada arma se apresenta em oposição, o eventual disparo de cada uma provocaria resultados distintos (a lesão e a não-lesão). Ou seja, é impossível que os riscos proibidos de cada ação se concretizem igualmente no resultado.

Não se pode imputar o uso da arma de brinquedo como uma qualificadora, equiparando-se ao uso de uma arma verdadeira. Esta é a modalidade qualificada, enquanto aquela é a forma simples. A arma sem potencial real ofensivo não aumenta o risco de lesão como o faria a arma de fogo.

Felizmente, a súmula 174 do STJ foi revogada.

6. CONCLUSÕES

1) A teoria do delito no Brasil não acompanhou seu desenvolvimento no continente europeu, em especial na Alemanha. Ainda trabalhamos com concepções finalistas enquanto o direito germânico, já há algum tempo, mescla diversos fundamentos, das mais variadas correntes. A doutrina brasileira dominante não incorporou a imputação objetiva como elemento do tipo, restringindo este à composição da ação, causalidade e resultado.

2) A fórmula de determinação da causalidade pela *conditio sine qua non* mostra-se insuficiente e cheia de falhas que podem levar a absurdos quando se estuda o nexos entre a conduta e o resultado. Outras teorias buscaram aperfeiçoar o estudo das condições da causalidade, destacando-se a da adequação e relevância e, sobretudo, a da condição conforme uma lei natural, sendo esta predominante na doutrina alemã.

3) Historicamente, várias foram as tentativas de construção de uma teoria da imputação objetiva para o Direito Penal, tendo como marco a teoria da imputação de Hegel. Atualmente, as quatro teorias de maior incidência na doutrina são as de Roxin, Jakobs, Puppe e Fisch. O presente trabalho optou pela análise da teoria de Claus Roxin, fundamentada nas finalidades preventivas da pena.

4) A imputação objetiva trabalha com três conceitos: a criação de um risco juridicamente proibido, a realização deste risco no resultado concreto e o alcance da norma. Ou seja, não basta haver a mera causalidade, que fica restrita apenas ao plano naturalístico. Há necessidade de uma delimitação normativa que busque as necessidades de prevenção da pena aplicada ao caso concreto.

5) Roxin desenvolve sua teoria invertendo o raciocínio dedutivo para o indutivo. Explicando melhor: divide a teoria em quatro grupo de casos, dando um tratamento específico para cada um, deixando de lado uma idéia única a ser aplicada **generalizadamente. Cada grupo de casos denon** ~~ira~~ ~~tip~~ ~~os~~, sendo estes: a) diminuição do risco; b) os riscos juridicamente irrelevantes; c) o aumento do risco; e d) o fim de proteção da norma.

6) Considerando-se que a mera causalidade não pode ter papel exclusivo como nexó entre a ação e o resultado, pode-se concluir que a mera imputação também não o faz. Ignorar por completo o plano naturalístico, aderindo a um plano puramente normativo, é ceifar os crimes de resultado e admitir que todos os crimes sejam de perigo.

7) O artigo 13 do Código Penal brasileiro apresenta-se obsoleto. A teoria das concausas, defendida em peso pela doutrina brasileira, foi, há muito, substituída pela teoria da imputação objetiva. A própria redação do artigo permite uma nova leitura. Em vez da tradicional utilização dos conceitos de causas preexistente, concomitante e superveniente, a moderna doutrina recomenda a imputação objetiva.

8) Nossa jurisprudência, a exemplo de nossa doutrina, não acompanhou a evolução da teoria do delito e também não adotou a teoria da imputação objetiva para fundamentar suas decisões. Os tribunais ainda ficam restritos ao plano da causalidade, considerando, fortemente, as concausas como excludentes do tipo penal. A ausência de uma teoria da imputação objetiva leva, por muitas vezes, a decisões incorretas e à insegurança jurídica.

9) A posição aqui defendida é de um tipo penal composto por causalidade e imputação. Não basta apenas o fato naturalístico (causalidade) como elo entre ação e resultado. Deve estar presente a imputação objetiva. Um resultado somente caracteriza um delito se puder ser imputado à ação praticada pelo agente.

10) A teoria da imputação objetiva não surgiu como a salvação do Direito Penal, já que também carrega consigo alguns problemas sem soluções unânimes. A discussão ainda não atingiu um grau de solidez, tanto que grandes penalistas continuam divergindo em muitos aspectos, cada um no seu raciocínio, e nem por isso uma teoria é mais valiosa que a outra. Aqui no Brasil, tem que se seguir o exemplo dos juristas alemães e discutir as idéias, sem fazer uso dos argumentos de autoridade. Nosso Direito Penal ainda tem muito a evoluir.

BIBLIOGRAFIA

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2000.
- D'AVILA, Fábio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.
- GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2000.
- GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Jurídica*, ano 48. Porto Alegre. 2000; e em www.geraldoprado.com.br.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes. 1997.
- HÖNIG, Richard. *Kausalität und objektive Zurechnung*, em: Hegler (ed.), *Festgabe für Reinhardt v. Frank*, vol. I, Mohr, Tübingen, 1930.
- JAKOBS, Günther. *A Imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.
- _____. *Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht*, em: Küper (ed.), *Festschrift für Lackner*, DeGruyter, Berlin-New York, 1987.
- _____. *Bemerkungen zur objektiven Zurechnung*, em: Weigend / Küpper (eds.), *Festschrift für Hirsch*, DeGruyter, Berlin / New York, 1999.
- (*)_____. *La imputación penal de la acción y de la omisión*.
- (*)_____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. 1999.
- JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva. 2000.
- LESCH, Heiko H.. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1995.

- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.
- PUPPE, Ingeborg. *Der Erfolg in seiner kausalen Erklärung im Strafrecht*, em: ZStW 92 (1980).
- _____. *Kausalität. Ein Versuch, kriminalistisch zu denken*, em: ZStrR 107 (1990).
- _____. *La imputación objetiva*. Trad. Percy García Caveró. Granada: Comares. 2001.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva. 2001.
- REALE JR., Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.
- _____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.
- _____. *Finalität und objektive Zurechnung*, em: Dornseifer etc. (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Heymanns, Köln usw. 1989.
- _____. *Derecho penal, parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas. 1997.
- _____. *Wandlungen der Strafzwecklehre*. In Sonderdruck aus Grundfragen staatlichen Strafsens. Verlag C. H. Beck: Munique. 2001.
- SCHUNEMANN, Bernd (coord.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-Maria Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos. 1991.
- _____. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte*, em: JA 1975.
- _____. *Über die objektive Zurechnung*, em: GA 1999.
- STRATENWERTH, Günter. *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, em: Lackner (etc.), *Festschrift für Gallas*, DeGruyter, Berlin, 1973.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Saraiva. 2000.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

CRIMES NA INTERNET

Felipe Augusto Basílio*

1. A RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E INFORMÁTICA

O estudo do direito em relação à informática apresenta-se como uma das tarefas mais árduas, já que ambos se baseiam em ramos do conhecimento completamente distintos, capazes cada qual, de ocupar vidas inteiras de dedicação: de um lado as letras, a interpretação, a função social a equidade e a justiça acima de tudo, do outro, a frieza da máquina, a exatidão e a velocidade. Não se discute mais a consolidação, importância e atuação da informática na sociedade. Com o advento da Internet, as pessoas mudaram seus costumes, fazendo surgir, por consequência um novo tipo de criminoso.

O direito brasileiro, somente agora, parece estar despertando para tal situação, porém escassa ainda é a legislação específica para punir o criminoso que se utiliza das máquinas, sendo que muitos atos danosos ainda ficam sem previsão legal. Isso se dá, principalmente, em função do princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege* que impossibilita a incriminação por analogia, na ausência de lei específica. A doutrina, por sua vez, também ignora o problema não se dispondo a superar as barreiras impostas pela falta de conhecimento técnico na área de informática. A jurisprudência ainda não tem posição consolidada na maioria dos aspectos, sendo assim não tem se manifestado de maneira eficiente e definitiva.

O grande desafio, ao se lidar com o tema, é compreender quais os bens protegidos, já que, tradicionalmente, o Direito Penal lida com a proteção de objetos tangíveis. O Direito Penal da Informática, ao contrário, lida com conceitos intangíveis visto que os bens ora estudados são “Sistemas de Informática”, “Integridade da Informação”, “Dado”, “Privacidade”, etc.

Pesquisas do Centro Nacional de Dados sobre Crimes por Computador, nos Estados Unidos, revelam que 75% dos crimes são cometidos por funcionários ou ex-funcionários contra seus empregadores. Outras vezes, são jovens amadores, na faixa etária de 13 a 18 anos, que agem simplesmente para se orgulhar de seus feitos. Hoje os crimes podem ser praticados por qualquer pessoa, devido a facilidade de operação e acesso à Internet o que ensejou uma disseminação dos crimes.¹

Do outro lado, estão as vítimas, que na maioria das vezes nem ficam sabendo que estão sendo atingidas, ou, ao saberem, preferem se calar e arcar com os prejuízos, sendo as instituições financeiras o alvo principal dos criminosos altamente especializados

* Bacharelado em Direito, pela Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá, Técnico em Processamento de Dados formado pelo Centro Paula Souza, Escola Técnica Vasco Venchiarutti.

¹ Sandra Gouvêa, *O direito na Era Digital*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997, p. 59

Desde que seja usuário da Internet, qualquer pessoa ter seus dados destruídos ou danificados por vírus, ter seu número de cartão de crédito e informações bancárias descobertas ou ter sua honra ofendida criminosamente.

2. JURISDIÇÃO E TERRITORIALIDADE NA INTERNET

Sob quais leis estará subordinada uma pessoa que divulgue via Internet uma mensagem difamatória sobre um cidadão dinamarquês, escrita em Cingapura, lida por alguém no Brasil, através de um servidor localizado nos Estados Unidos ?

Segundo a doutrina tradicional, quatro princípios são apontados acerca da eficiência da lei penal no espaço: o da territorialidade, o da nacionalidade, o de defesa e o da justiça universal.²

No Brasil, a eficácia espacial da lei penal é determinada nos artigos 5º e 6º do Código Penal, onde se consagra o princípio da territorialidade. O artigo 6º, abrigou a teoria da ubiqüidade, que tem por lugar do delito aquele que for realizado qualquer um de seus elementos integrantes, seja o da execução ou o momento consumativo. Basta que tenha ocorrido qualquer parcela de atividade do agente ou qualquer efeito que integre o resultado do crime, para que se puna pela lei brasileira o delito como um todo. Também se refere a lei à tentativa de prática do crime ao inserir no artigo 6º a expressão “ou deveria produzir o resultado”.

O aspecto mais relevante da norma a ser analisado diante de crimes na Internet se refere à segunda parte do artigo, principalmente, em relação aos crimes contra a honra, que diferentemente de um ataque a um servidor ou uma apropriação de dados em que a consumação é imediata e tem destino certo, em geral, não possuem um local específico para surtir efeito, pois se consomem no momento em que a ofensa chega ao conhecimento de terceira pessoa no caso da calúnia e difamação e ao conhecimento do ofendido no caso da injúria. Caso contrário, configuram-se apenas na forma tentada. Sendo assim, pela regra da última parte do artigo 6º que diz: “*onde se produziu ou deveria produzir o resultado*” pode-se concluir que se a ofensa vier ou puder ser acessada pela Internet em território brasileiro, no caso dos crimes contra a honra, o crime estará se consumando aqui, podendo ser julgado pela justiça e lei nacionais.

Além disso, ainda que o crime tenha sido praticado no estrangeiro, o artigo 7º de nosso Código Penal trata de diversos casos em que se constituem exceções ao princípio da territorialidade, alcançando então a lei brasileira o delinqüente. São esses os chamados “casos de extraterritorialidade” e valem-se do princípio *real* tendo em vista a relevância das objetividades jurídicas ou bens-interesses tutelados.

Na prática, o princípio da ubiqüidade, no caso da Internet, pode gerar controvérsias, pois os países que adotam esse princípio podem considerar delitos cometidos como tendo ocorrido também em seu país. Considerar como local do crime o

² Edgard Magalhães Noronha, Direito Penal, São Paulo: Saraiva, 1998, Volume I, p. 84

lugar onde está o autor, facilitaria aspectos processuais como a prova, bem como a aplicação da pena a ele cabível, sem necessidade de extradição.

Sobre a jurisdição no ciberespaço, o professor Henry H. Perritt, da Villanova Law School, na Pensilvânia, elaborou tese elencando a arbitragem, instituição de cortes internacionais e elaboração de leis específicas como opções para solucionar os problemas a ela atinentes.

Recentemente, no dia 23 de novembro de 2001, em Budapeste, foi assinado um tratado internacional para combater o cibercrime por representantes do Conselho da Europa (CoE). Essa convenção é o primeiro tratado internacional em crimes cometidos pela Internet e computadores ligados em rede, tratando especificamente de infrações de direitos autorais, fraudes, pornografia infantil e violações de segurança de rede. Seu objetivo principal é uma política criminal dirigida ao cibercrime, adotando legislação apropriada e cooperação internacional. A Convenção é o produto de quatro anos de trabalho de peritos do Conselho da Europa e também pelos Estados Unidos, Canadá, Japão e outros países que não são os sócios do Conselho.³

3. DOS CRIMES DE INFORMÁTICA IMPRÓPRIOS

Os crimes que estão dentro dessa classificação podem ser praticados independentemente de se utilizar os sistemas informatizados, porém, esses são usados como mera ferramenta ou meio para o cometimento. Tais delitos violam bens já protegidos pela legislação penal e dentre esse podem ser citados: crimes contra a honra, ameaça, interceptação de e-mail, divulgação de segredo, furto, envio de vírus, apropriação indébita, estelionato, violação de direito autoral, escárnio por motivo de religião, apologia de crime ou criminoso, jogos de azar, pedofilia, pirataria dentre outros. A seguir, uma breve análise daqueles que expressam maior relevância atualmente.

3.1 FURTO

Pacífico é o entendimento de que o furto pode se configurar através da internet pois conforme o § 3º do artigo 155 do Código Penal é necessário que a coisa subtraída tenha valor econômico, ou seja, configura o crime a transferência ilícita de dinheiro entre contas correntes, o furto de arquivos e dados confidenciais, senhas dentre outras coisas que expressem valor.

Porém, as instituições bancárias, por exemplo, ao serem vítimas de furto, através da rede e ataque de hackers, acabam, em sua maioria, arcando com os prejuízos com intuito de evitar que suas vulnerabilidades se tornem públicas.

3.2 ESTELIONATO

O crime de estelionato, previsto no artigo 171 do Código Penal, pressupõe a

³ CEBEJI – Centro Brasileiro de Estudos Jurídicos da Internet, www.cbeji.com.br/legislacao, acesso em 03/2002.

vantagem ilícita e o prejuízo alheio como resultados obtidos mediante artifício, ardil ou qualquer meio fraudulento, meios esses que podem utilizar a Internet como instrumento.

É neste tipo penal que os criminosos vêm mais desafiando a Polícia com ações arrojadas pela Internet. Recentemente, uma mensagem falsa, enviada em nome do UOL para cerca de 10 mil assinantes pedia o cadastramento dos mesmos, indicando o link para uma página falsificada do Universo Online. Nessa página, pedia-se o número do cartão de crédito do assinante. Conforme apurou a polícia paulista, os dados eram enviados para um provedor nos Estados Unidos, sendo que seriam utilizados para compras através da Internet. Uma assinante de Pernambuco, caiu no golpe e teve cerca de mil dólares debitados em seu cartão de crédito correspondentes a compras feitas naquele país.⁴

3.3 SEDUÇÃO

Uma menor brasileira, estudante, desapareceu em maio de 2001, no trajeto entre sua casa e a escola no Rio de Janeiro. Segundo sua mãe, a menina vinha freqüentando salas de bate-papo na Internet, onde conheceu um homem de 25 anos, com quem passou a se corresponder. A menina provavelmente o encontrou escondido da mãe e um dia antes de desaparecer chegou a comentar com um amigo do colégio que estava querendo romper um namoro com um homem mais velho que conhecera na Internet, mas que este estava se recusando e a seguindo por toda a parte.⁵

Casos como esses não são raros e aumentam a cada dia. O Código Penal pátrio tutela a prática de sedução em seu artigo 217. Cita Julio Fabbrini Mirabete, em sua obra que o tipo objetivo é seduzir a menor, levando-a à prática de conjunção carnal, sendo que seduzir é atrair, dominar, desviar, convencer e viciar a vontade da mulher. É exatamente nesta parte do tipo que a Internet pode ser usada pelo sujeito ativo, sendo este o primeiro passo para um posterior contato físico. Essa sedução pode ser simples, por utilização da palavra, juras de amor, ou a sedução qualificada, com promessa séria de casamento, namoro ou noivado.⁶

3.4 PEDOFILIA

Historicamente, todos os meios de comunicação já foram usados como forma de propagação da pornografia. Como é óbvio, a Internet também passou a servir como meio de veiculação da pornografia, principalmente após o desenvolvimento de seu potencial multimídia. A pornografia na Rede passou basicamente por três evoluções tendo seu auge com a pedofilia e materiais obscenos em geral. O material pedófilo é disseminado por uma comunidade fechada e altamente organizada, relacionando-se com empresas que cobram pelo serviço. Tais empreendimentos

⁴ Revista Consultor Jurídico, www.uol.com.br/consultor, acesso em 14/02/2001.

⁵ Wal Ribeiro, Quem Cai na Rede é Peixe, www.kids-denuncia.org.br, acesso em 04/2002.

⁶ Julio Fabbrini Mirabete, Código Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 2001, p. 1478.

têm se mostrado de grande sucesso, principalmente em vista do anonimato que a Internet proporciona, de modo que essas atividades são praticadas sem deixar “rastros”.⁷

Pedofilia é um distúrbio de conduta sexual, onde o indivíduo adulto sente desejo compulsivo, por crianças ou pré-adolescentes. As estatísticas têm mostrado que 80 a 90% dos contraventores sexuais não apresentam nenhum sinal de alienação mental, agindo pelo livre arbítrio, ou seja, são juridicamente imputáveis.

O abuso sexual contra crianças é uma das mais rentáveis indústrias globais estimando-se lucros em torno de US\$ 5 bilhões por ano.⁸ O ordenamento jurídico brasileiro condena tal prática desde a sua Lei Maior, a Constituição Federal, no seu artigo 227. Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece no artigo 241 a proibição de fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente, cominando pena de detenção de seis meses a dois anos, e multa.

Segundo o festejado Nelson Hungria, publicar significa tornar público, permitir o acesso ao público, o sentido de um conjunto de pessoas, pouco importando o processo de publicação⁹, ou seja, a Internet é meio em potencial para o cometimento desse crime. Importante observar que é indiferente o número de internautas que acessem a página e ainda que ninguém tome conhecimento de seu conteúdo, as imagens estarão à disposição, consumando a infração. O conteúdo do tipo é alternativo, bastando que se cometa apenas uma das condutas nele descritas: fotografar ou publicar, sendo que há a presunção legal de dano causado à vítima independente deste ter se caracterizado ou não.¹⁰

A jurisprudência pátria também já tem se manifestado sobre o tema sendo que recente julgado do Supremo Tribunal Federal considerou que a conduta de publicar cenas de sexo infanto-juvenil na Internet, fere o artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, até porque, basta para a consumação do crime, a realização de seu núcleo, ou seja, publicar.¹¹

Vários projetos de lei têm sido criados a fim de regular mais especificamente o tema. Dentre eles, destaca-se o Projeto de Lei nº 5165 de 2001 que pretende dar nova redação ao Estatuto da Criança e Adolescente.

3.5 INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES E E-MAIL

Incontáveis são as vantagens de se comunicar através dos recursos de informática e em especial pela Internet, através de conversas on line, transferência

⁷ Gustavo Testa Corrêa, Aspectos Jurídicos da Internet, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 44.

⁸ Sandro D'Amato Nogueira, Polícia tem dificuldades para chegar aos pedófilos, www.direitonaweb.com.br, acesso em 28/03/2002.

⁹ Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro: Forense, 1958, Volume VII, p. 340.

¹⁰ Carla Rodrigues Araújo de Castro, Crimes de Informática e Seus Aspectos Processuais, Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001, p. 45.

¹¹ STF, Julgamento em 22/09/1998, Primeira Turma. Publicado no DJ em 06/11/1998, p. 3, ement. Vol. 1930-01, p.70. Origem HC nº 76.689/PB.

de arquivos e principalmente e-mail. Com o correio eletrônico, pode-se enviar uma mensagem para qualquer usuário da rede e em questão de minutos, chegará ao destino. O sigilo de correspondências e comunicações constituem garantia constitucional no direito brasileiro que consagra a condenação à sua violação no artigo 5º, XII. Correspondência nada mais é do que uma troca de informações entre pessoas ausentes que pode ser feita por cartas, bilhetes telegramas e, atualmente, por computador.¹²

Nota-se que o legislador estava atento às novas tendências referentes aos modernos meios de comunicação, incluindo no texto constitucional a inviolabilidade de dados, o que por óbvio abrange os e-mails, que nada mais são que meios de transmissão de dados.

Apesar da presente omissão do Código Penal, que só tutela a violação de correspondência comum, a violação de e-mails e dados não estão fora da esfera penal, visto que a Lei 9.296 de 24 de julho de 1996, veio a regulamentar o artigo 5º, XII da Constituição Federal, em seu artigo 10 que dizendo que *“constitui crime realizar a interceptação de comunicações telefônicas, de informática e telemática, ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei”*.

A conduta típica é a interceptação da comunicação por qualquer meio, caracterizando-se o ilícito penal ainda que não haja divulgação ou transmissão a terceiro. Interceptar é captar ou conhecer o conteúdo da comunicação feita pelos meios da informática. Para tais condutas, prevê a lei a pesada pena de dois a quatro anos de reclusão e multa, sendo que para sua caracterização, é necessário o dolo do agente.

Ainda a esse respeito, a violação de dados de informática e e-mail poderiam ser enquadrados nas disposições do Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei 4.117/62, em seu artigo 56 que estabelece que *“pratica o crime de violação de telecomunicações quem, transgredindo lei ou regulamento, exiba autógrafa ou qualquer documento ou arquivo, divulgue ou comunique, informe ou copie, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro.”*

3.6 DANOS CAUSADOS POR VÍRUS

Vírus são programas desenvolvidos para alterar o funcionamento de um computador de forma nociva. Propagam-se automaticamente, por meio de disquetes, arquivos compartilhados, pelas redes corporativas e pela Internet, sendo esta última a maior via de propagação atual. Segundo dados atuais do Computer Economics, o balanço final sobre o prejuízo causado pelas pragas virtuais em 2001 aponta perdas avaliadas em US\$ 13,2 bilhões. A pesquisa aponta o vírus CodeRed como a

¹² Aurélio Buarque de Holanda Ferreira *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 484.

maior ameaça, gerando prejuízos de US\$ 2,62 bilhões.¹³ Diante de tais números representando prejuízos, é evidente que o envio de vírus e similares é conduta criminosa. Porém, na ausência de tipo penal específico e mais rigoroso, aplica-se o artigo 163 do Código Penal, que estabelece o crime de dano.

A conduta típica de tal crime é “inutilizar coisa alheia”, que significa tornar inútil, imprestável e inservível. Como se sabe, a maioria dos vírus tem essa finalidade, destruindo dados e por consequência inutilizando planilhas, arquivos de texto e o próprio computador infectado, sobrevivendo em consequência, os prejuízos econômicos. Como se observa, a pena de detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses é muito pequena em vista dos prejuízos e do potencial ofensivo que tem um vírus de computador.

3.7 CRIMES CONTRA A HONRA COMETIDOS PELA INTERNET

Diariamente, a polícia é procurada por alguém que foi alvo de alguma maldade ou brincadeira ofensiva pela Internet. Para a polícia especializada, a investigação é mais fácil do que se pensa pois se baseia no número IP que o computador recebe e que fica devidamente registrado no provedor a cada acesso à rede.

Os crimes contra a honra podem ser cometidos por **e-mail**. Atualmente, inúmeras empresas como Starmedia e BOL, fornecem serviço de e-mail gratuito, bastando para sua utilização que o usuário faça um simples cadastro, que pode ser preenchido com dados verdadeiros ou não. Para usuários mal intencionados, os serviços de correio eletrônico gratuito podem servir, mais uma vez, como meios para a prática de crimes pois propiciam a sensação de anonimato.

Porém, dentre todos os recursos oferecidos pela Internet, o e-mail é o meio menos eficaz para os crimes contra a honra, visto ter o propósito inicial de estabelecer comunicação entre duas pessoas. Na prática, se uma pessoa envia um e-mail para outra acusando-a injustamente de prática de homicídio, e se só esta ler a mensagem, não há de se falar em crime pois a prática dos crimes de calúnia e difamação, indispensável é que terceiro tome conhecimento das ofensas. Por outro lado, se o mesmo e-mail for enviado propositalmente para terceiro, estariam preenchidos os requisitos para se reconhecer a prática do crime.

Conforme a doutrina de Mirabete, diferente análise deve se fazer a respeito da injúria: *“Consuma-se a injúria quando o sujeito passivo toma conhecimento do **insulto, quando ouve ou lê a ofensa, não sendo necessário que terceiro a perceba. Trata-se de crime formal, em que prescinde o resultado danoso para sua configuração**”* (grifo nosso).¹⁴ Sendo assim, basta que o próprio ofendido tome conhecimento da mensagem ofendendo sua honra, para que o crime se configure, não sendo necessário que terceiro leia o e-mail.

Outro meio idôneo para o cometimento de crimes contra honra são os **chats**.

¹³ www.uol.com.br/mundodigital, acesso em 05/2002

A internet propicia as salas de bate-papo, que nada mais são do que sites criados para possibilitar conversas online entre visitantes, além de programas como o ICQ e MSN, que permitem a várias pessoas trocar mensagens ao mesmo tempo em grupo ou individualmente.

Assim, pode ocorrer de a mensagem trocada ser realmente ofensiva, caracterizando o crime. Quando a ofensa puder ser conhecida por outrem, além do próprio ofendido, consumir-se-á a infração. Mais uma vez, a exigência de publicidade não se dá no caso de injúria.

Grupos de discussão também são verdadeiras “armas” para se ofender a honra de outrem na internet. Estes são espaços públicos na Internet que objetivam o estímulo ao debate de idéias. Seja qual for o método usado pelas listas de discussões, a sua principal característica é a publicidade, alcançando um grande número de destinatários. Atualmente, a maioria dos processos gerados por crimes contra a honra na Internet, se deve a mensagens expostas em listas de discussão.

Bastante controverso ainda é a responsabilidade do provedor que armazena as mensagens do grupo de discussão. Algumas listas possuem o chamado “moderador”, que é a pessoa responsável pela leitura prévia das mensagens julgando se estas são oportunas ou não e se devem ir para o ar, ganhando publicidade.¹⁵ Caso alguma mensagem de conteúdo ofensivo seja publicada após análise do moderador, este poderia ser responsabilizado criminalmente por omissão, tendo em vista sua incumbência de atentar para o conteúdo ofensivo das mensagens que publica. A esse respeito, observe-se o disposto no artigo 13 do Código Penal em seu parágrafo 2º que estabelece que *a omissão é penalmente relevante quando “(...) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado.”*

Assim, uma vez tendo o moderador da lista ou os responsáveis pelo serviço avisado que exercerão fiscalização sobre as mensagens a serem publicadas, estão trazendo para si a responsabilidade, e caso não o façam, sua conduta estará perfeitamente enquadrada naquela descrita na alínea “b” do § 2º do artigo 13 do Código Penal, ou seja, sua omissão será penalmente relevante.

Por último, os sites, ou **páginas gráficas**, também fornecem meios para os crimes contra a honra pois dispõem de recursos que podem ser usados dolosamente, quais sejam textos publicados, desenhos, caricaturas, fotos, montagens fotográficas, sons, dentre outros.

Na calúnia em especial, vale dizer que, se a foto publicada for comprovadamente verdadeira e imputar ao sujeito pratica de crime, configura-se a exceção da verdade descaracterizando o crime.

3.8 VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Atualmente, as discussões sobre direitos autorais não mais se enfocam nos

¹⁴ Julio Fabbrini Mirabete, ob. cit, p. 907.

¹⁵ Celso Henrique de Castro Baptista Vallim, Crimes Contra a Honra na Internet, Florianópolis, junho/2000, p.10, monografia, Universidade Federal de Santa Catarina.

velhos, toca-fitas e CDs, mas sim na Internet com sua velocidade de propagação de arquivos e informações e pela sua crescente popularização, principalmente em razão da criação dos arquivos MP3 responsáveis atualmente por um rastro de prejuízo à indústria fonográfica em torno de US\$ 90 milhões.¹⁶

Ao se tratar de obras colocadas na Internet, tem-se a falsa idéia de que as mesmas são de domínio público ou que por ali estarem publicadas, podem ser usadas livremente, presumindo-se que o autor autorizou sua livre utilização. Portanto, cabe aqui a distinção entre “obras em domínio público” e “obras liberadas ao público”.

Uma obra cai em *domínio público* (arts. 41 a 45 da Lei de Direitos Autorais - 9.610/98), quando decorrido o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, embora persistam alguns aspectos dos direitos morais, pois estes direitos são perpétuos, não se extinguindo jamais. *Obras liberadas ao público* são, em síntese, aquelas ao qual o público tem acesso por qualquer meio, inclusive a Internet, mas que não têm seu uso liberado. O artigo 29, inciso IX, da Lei de Direitos Autorais disciplina tal matéria estabelecendo que “*depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra por quaisquer modalidades*”, o que cria grandes problemas ao se tentar controlar a autorização referente a sua obra no espaço virtual. Assim, permite-se somente que da obra sejam explorados os elementos de utilização livre, estabelecidos no artigo 46 da lei.¹⁷ O artigo 184 da referida lei prevê as sanções penais para os infratores de direitos autorais.

Portanto, independente de estar a obra exposta na Internet, um grande meio de comunicação que atinge enormes índices de popularidade, há de se obter autorização prévia do autor para sua utilização, salvo se estas forem obras em domínio público ou pelas exceções de uso livre, previstas no art. 46 da Lei de Direitos Autorais.

Impossível se falar em violação de direito autorais de obras musicais pela Internet sem se falar do programa Napster que nada mais é do que um canal entre dois internautas que funciona como intermediário para a troca de músicas em formato MP3..

Não há como negar a participação dos criadores do **Napster** nos prejuízos causados a todos os envolvidos no processo fonográfico e detentores dos direitos. Pela análise jurídica, podemos constatar que os criadores são partícipes ou co-autores, pois atuam diretamente no resultado material do delito, não sendo necessária a ação pessoal para que a conduta seja tipificada como tal pois exprimem a vontade livre e consciente dirigida ao fim de violar os direitos autorais dos criadores das obras musicais, facilitando os meios de acesso, ao máximo, para que isto aconteça. A causalidade psíquica, ou seja, a consciência da participação no even-

¹⁶ Nehemias Gueiros Júnior, O som ameaçador da Grande Rede, Revista Consultor Jurídico, www.uol.com.br/consultor, acesso em 22/05/2000.

¹⁷ Obras protegidas - Alberto da Silva Dantas, Revista Consultor Jurídico, www.uol.com.br/consultor, acesso em 23/12/2001.

to, acompanha o nexa causal fazendo uma ponte entre a ação concreta e o resultado pretendido.

A justiça americana julgou procedente o pedido das gravadoras de se restringir o uso do Napster que passou a ser obrigado a “filtrar” os arquivos musicais proibidos e a bloquear o download dos mesmos. Atualmente inúmeros programas similares e até mais poderosos estão surgindo e sendo disponibilizados como é o caso do Kazaa¹⁸, que permite o download não só de música, mas de vários outros tipos de arquivos, como vídeos, por exemplo.¹⁹

4. DOS CRIMES DE INFORMÁTICA PRÓPRIOS

Essa classificação engloba os crimes que só podem ser praticados por meio da informática, sendo impossível a sua existência e consumação fora do âmbito dos computadores. Tais crimes acabam por gerar tipos penais novos que surgiram e estão surgindo diante da necessidade de se tutelar a informática de maneira mais precisa. Dentre esses podemos citar a pirataria de software, o spam a inserção de dados falsos e a modificação de dados em sistema de informação. A seguir, a análise dos mais relevantes dentre esses.

4.1 VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS SOBRE O SOFTWARE E PIRATARIA

Com o desenvolvimento e popularização dos microcomputadores, junto à indústria e aos usuários domésticos, a partir da década de 70, o software tornou-se um dos bens de maior importância econômica no contexto internacional e brasileiro. Por essa razão, o ordenamento jurídico brasileiro vem tentando desenvolver o sistema mais adequado fundamentando-se em lei específica que qual seja, Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 (“Lei de Software”).

Tal lei confere prazo de duração da proteção, à propriedade intelectual de programas de computador, é de 50 (cinquenta) anos, sendo seu registro facultativo.

Porém, é cada vez maior o número de casos de pirataria de softwares, principalmente através do uso da Internet resultando atualmente num rombo de 1,1 bilhão de dólares, sendo que a taxa de programas piratas é de 80% em relação aos programas vendidos.

Pirataria é a reprodução de software sem autorização do detentor dos direitos sobre o mesmo, com ou sem finalidade de lucro. A Internet permite que o processo de cópia dos programas violados se simplifique e se torne mais barato, sem que haja a necessidade de quaisquer meios físicos para sua distribuição.²⁰

O capítulo V da referida lei, trata das infrações e das penalidades, sendo que a violação de programa de computador vem disciplinada no artigo 12. A conduta típica punível descrita é “violar”, que significa ofender o direito do autor do software.

¹⁸ www.kazaa.com, acesso em 13/07/2002.

¹⁹ Angela Bittencourt Brasil, A Questão Napster, Revista Consultor Jurídico, www.uol.com.br/consultor, acesso em 27/07/2000.

²⁰ Gustavo Testa Corrêa, ob. cit., p. 47.

A esta conduta cabe detenção de seis meses a dois anos ou multa. Por outro lado, se a violação tiver a finalidade de comércio, conseqüentemente a pena a ser aplicada será maior, ou seja, reclusão de um a quatro anos e multa, conforme disposto nos §§ 1º e 2º.

Ainda, os softwares *shareware*²¹ também podem ser objetos de pirataria, através do uso de programas que rompem seu sistema de segurança (cracks). Uma vez executado o crack no programa shareware, este passa a funcionar normalmente, podendo o usuário utilizá-lo como se tivesse regularmente adquirido e registrado. Na Internet é possível encontrar muitos sites especializados na distribuição de cracks como, por exemplo, o “Astalavista”²², um dos mais famosos sites do ramo.

4.2 SPAM

Spam nada mais é que o envio não solicitado e não autorizado de mensagens pelo correio eletrônico, visando à divulgação de propagandas de produtos ou de serviços, assim como de quaisquer informações, com ou sem natureza comercial, de interesse da pessoa divulgadora, assemelhando-se a uma mala-direta eletrônica, via Internet.

Tal prática ilícita, segundo a Associação Brasileira dos Provedores de Acesso, Serviços e Informações da Rede Internet, onera os recursos da rede, pelo excessivo trânsito de e-mails gerados, causando um prejuízo mensal da ordem de R\$ 90.000.000,00.

Diante da gravidade de tal ato, as normas vigentes, de forma muito limitada, acabam por proteger o indivíduo do recebimento de spams. O artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal, que trata dos direitos fundamentais e das garantias individuais, estabelece que a intimidade, a vida privada e o sigilo de dados são invioláveis. Assim, tanto aquele que, conhecendo os dados do consumidor, forneceu os mesmos para o remetente do e-mail, como os próprios fornecedores do produto ou serviço anunciado no e-mail são considerados infratores das normas constitucionais citadas.

Por sua vez, o artigo 65 da Lei das Contravenções Penais estabelece pena de prisão simples, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa para a conduta de molestar alguém ou perturbar-lhe a tranqüilidade, por acinte ou por motivo reprovável.

O bem jurídico tutelado pelo tipo é a tranqüilidade, direito inerente a qualquer pessoa, sendo que ao ser ameaçada, pode-se invocar a proteção do Estado. A conduta típica de tal fato constitui em o agente praticar intencionalmente um ato visivelmente perturbador ou molestandor da paz de espírito ou do sossego da vítima, promovendo-lhe injustos dissabores ou atribuições injustas ou lhe induzindo a so-

²¹ Softwares de teste com utilização limitada.

²² www.astalavista.com, acesso em 10/2001.

bressaltos e preocupações. A ameaça à tranqüilidade se caracteriza quando o ato praticado causa aborrecimentos, ira ou execução de trabalho desnecessário, inoportuno ou indevido. O tipo também exige que o sujeito ativo aja com acinte ou por motivo reprovável, ou seja, que faça algo de propósito, intencionalmente, deliberadamente, não sendo necessário que o ato seja grosseiro e sim, reprovável.²³ O spam, viola a tranqüilidade e causa perturbações na rotina pessoal do sujeito passivo por ocupar espaço e tempo quando se necessita fazer uso do e-mail para fins profissionais e pessoais, por causar extrema lentidão e congestionamento nos sistemas e redes de informática e ainda por obrigar o usuário a ficar alerta para que não seja infectado com algum vírus que tenha se atrelado às mensagens indesejadas.

Dentre os projetos de Lei que abordam o tema, destaca-se o de número 6.210 de 2002, que estabelece limites ao envio de mensagens não solicitadas e critérios para que o destinatário possa identificar a sua origem e bloquear o seu recebimento, além de fixar multa de até oitocentos reais por mensagem enviada.

5. DA RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES

Provedor é o nome dado às empresas que oferecem o serviço de acesso à Internet para usuários residenciais ou empresas.

Atualmente, grande é a discussão a respeito da responsabilidade dos provedores por atos cometidos pelos seus usuários. Porém o concurso de pessoas no artigo 29 do Código Penal não é cabível neste caso, pois os provedores não desejam o resultado nem mesmo sabem de sua existência.

Conforme sustenta Carla Rodrigues Araújo de Castro²⁴, *“o usuário utiliza o provedor como um meio de acesso à Internet, como um instrumento para a prática do crime. Além do que, a quantidade de informações veiculadas através do provedor dificulta a fiscalização”*. Além disso, não existe legislação específica exigindo que o provedor fiscalize os atos de seus usuários.

Porém, os provedores que fornecem serviço de hospedagem de páginas, terão eventual responsabilidade por omissão, no caso de anunciarem previamente a possibilidade de se retirar sites com conteúdo criminoso, chamando para si tal responsabilidade,²⁵ ou se o provedor tenha sido notificado a respeito do conteúdo ilícito de sites nele hospedados e não tome providências no sentido de tirá-lo do ar.

6. CONCLUSÃO

Por mais eficientes e entusiasmantes que possam ser os sistemas de segurança criados pelos técnicos em informática, estes sempre serão superados pelos criminosos. É exatamente neste ponto que o direito deverá ser cada vez mais

²³ Amaro Moraes e Silva Neto, Mensagens inúteis, Revista Consultor Jurídico, www.uol.com.br/consultor, acesso em 17/12/2001.

²⁴ Carla Rodrigues Araújo de Castro, ob. cit., p. 70.

²⁵ Código Penal, art. 13 § 2º.

atuante, punindo os responsáveis e oferecendo a devida segurança para a sociedade.

Porém grandes e prematuras discussões cercam o tema. É certo e incontroverso que os crimes cometidos na Internet ou os crimes de informática em geral necessitam de legislação específica, estabelecendo-se princípios para que seja possível uma punição justa e proporcional aos danos. A legislação e a atuação do direito no campo da Internet só será eficaz através da união e parceria dos operadores do direito em geral e de especialistas em informática. Através dos mecanismos legais existentes e dos que estão por vir, deve surgir uma eficaz resistência às condutas criminosas, minimizando, assim, o descaso com que parte da sociedade prefere tratar a informática, presente de maneira irreversível em nosso meio.

BIBLIOGRAFIA

ARRUDA JÚNIOR, Itamar, *Injúria e Difamação em Meio Virtual*. {on line} <http://www.cbeji.com.br>, 04/2002.

BRASIL, Angela Bittencourt, *A Questão Napster*. {on line} <http://www.uol.com.br/consultor>, 27/07/2000.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de, *Crimes de Informática e Seus Aspectos Processuais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001.

CEBEJI – Centro Brasileiro de Estudos Jurídicos da Internet. {on line} <http://www.cbeji.com.br/legislacao>, 03/2002.

CORRÊA, Gustavo Testa, *Aspectos Jurídicos da Internet*, São Paulo: Saraiva, 2000.

DANTAS, Alberto da Silva, *Obras Protegidas*. {on line} <http://www.uol.com.br/consultor> 23/12/2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GOUVÊA, Sandra, *O direito na Era Digital*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

GUEIROS JÚNIOR, Nehemias, *O Som Ameaçador da Grande Rede*. {on line} <http://www.uol.com.br/consultor>, 22/05/2000.

HUNGRIA, Nélon, *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, Volume VII.

MAUDONNET, Maria Clara, *Invasão De Privacidade - Spammers Podem Ser Acionados Por Perdas e Danos*. {on line} [http:// www.uol.com.br/consultor](http://www.uol.com.br/consultor), 23/04/2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini, *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2001.

NOGUEIRA, Sandro D Amato, *Polícia tem dificuldades para chegar aos pedófilos*. {on line} [http:// www.direitonaweb.com.br](http://www.direitonaweb.com.br), 28/03/2002.

NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1998, Volume I.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. {on line} <http://www.uol.com.br/consultor>, 06/2002.

REVISTA INFO ONLINE. {on line} <http://www2.uol.com.br/info/aberto/infofaq>, 05/2002.

RIBEIRO Wal, *Quem Cai na Rede é Peixe*. {on line} www.kids-denuncia.org.br, 04/2002.

SILVA NETO, Amaro Moraes e, *Mensagens linúteis*. {on line} <http://www.uol.com.br/consultor>, 17/12/2001.

STUBER, Bentivegna e Armani, *Lei do Software - Proteção Legal dos Programas de Computador*. {on line} [http:// www.uol.com.br/consultor](http://www.uol.com.br/consultor), 14/04/99.

VALLIM, Celso Henrique de Castro Baptista, *Crimes Contra a Honra na Internet*. Florianópolis: 06/2000, monografia. Universidade Federal de Santa Catarina.

VIANNA, Túlio Lima, *Dos Crimes Por Computador*. Belo Horizonte: 2000, monografia, Faculdade de Direito da UFMG

MERCADO: DESREGULAMENTAÇÃO

Bismarck Duarte Diniz¹

Trata-se da chamada globalização econômica; abertura neoliberal dos mercados nacionais em prol da interdependência econômica entre os Estados filiados a esta corrente capitalista de desenvolvimento aplicado. A flexibilização opera seus efeitos, independentemente da manifestação dos teóricos. Muitos destes estudiosos pretendem parar o vento com as mãos: debatem contra a flexibilização, reclamam novas leis rígidas, mas o fenômeno, decorrente de transformações políticas e econômicas, segue seu rumo. O Direito Sindical está desatualizado e tem sido estudado de forma incorreta. Estuda-se como se fosse produto da razão, constituído por categorias mentais imunes à ação do tempo, quando acreditamos ser aderente a uma realidade social.

A hegemonia neoliberal no mundo consolidou o mercado como fundamento e o centro das nossas sociedades. A busca da riqueza passou a ser o mais importante objetivo. A mercadoria tornou-se o objetivo principal do desejo das pessoas. O capitalismo pós-industrial desenvolveu a crença no valor absoluto do mercado. A proposta neoliberal reduziu demasiadamente o papel do Estado e as desigualdades e as exclusões não só são inevitáveis, mas justas e até benéficas.

O mundo de hoje dada a vinculação do direito sindical às realidades a escolha dos valores a preservar não prescinde da reflexão científica. As contradições não são privilégios brasileiros:

a) o desemprego transformou-se em estrutura cedendo a sua condição de personificar uma conjuntura pois na formatação hodierna do capitalismo é pela eliminação de parcelas da sociedade do mercado de trabalho e de consumo;

b) o monetarismo tornou-se “anima”, via de conseqüência, ampliou-se a des-

¹ Professor Doutor da UFMT e UNICEN/UNIRR.

² Domenico De Masi (2000: 286/289) analisa o desemprego: “A verdadeira dificuldade para a nossa sociedade não é reduzir o tempo dedicado ao trabalho, mas não reduzi-lo: para isso, é preciso pagar (o menos possível) um exército de desempregados; manter nas empresas uma relevante mão-de-obra excedente (...); criar postos de trabalho, qualquer que seja a sua real utilidade; (...). Pela indiferença que provoca nos cuidados com uma vida de trabalho cada vez mais precária e sem sentido, o desemprego transforma-se, por fim, numa fonte de risco para a ordem estabelecida. Vêm-se, então, os mantenedores dessa ordem (seja qual for a linha a que pertençam) reclamar em alta voz a criação de postos de trabalho como fim em si, independentemente dos objetivos reais(...)” 2Coutinho (1999:9/15) afirma que “o processo de reengenharia necessita de um novo perfil de empregado, deixando de lado o paradigma do empregado referência da CLT, subordinado, apenas destinatário do poder de comando e direção, para adotar o trabalhador eficiente, produtivo, que assume responsabilidades e age independentemente do comando, atendendo às demandas do mercado, em uma estrutura de organização flexível. (...) As reivindicações do trabalhador, se existirem, não devem ser endereçadas ao co-partícipe, empregador, nem ao consumidor, cliente, destinatário. Desaparece a conflituosidade com a perda da identificação do empregado como pertencente a uma classe e com a instalação da concorrência, entre os próprios trabalhadores, na disputa por uma situação mais vantajosa em termos de remuneração e estabilidade das relações jurídicas, refletindo na pouca representatividade das organizações sindicais. O trabalhador se identifica mais facilmente com o empregador – seu companheiro de luta no mercado – do que com os sindicalistas.”

valorização do trabalho destacando a mais abstrata e fetichizada das mercadorias, o dinheiro;³

c) a essência do capitalismo passa a ser consubstanciada no monopólio dos conhecimentos da informações pela inserção, como agentes econômicos, a elite pensante;

d) a formação de mercados comuns torna desnecessária a figura do Estado Nacional como entrave territorial para o capital;

e) a substituição da nomenclatura “Primeiro/Terceiro” mundo para a de bolsões de riquezas e de misérias absolutas (a diferença reside no número de cidadão que, em cada um deles, pertence a um dos mundos, em função de rendas e na garantia de direitos consolidados);

f) a substituição da forma fordista das grandes plantas industriais para a fragmentação das esferas da produção com a compra de serviços no mundo inteiro.⁴

As metamorfoses tecnológicas sinalizam a indispensabilidade de mudanças na organização sindical⁵. Em decorrência da complexibilidade dos fatores que a cercam esta nova formatação do produzir passa a exigir do trabalhador uma maior escolaridade a fim de que possa manejar instrumentos cada vez mais sofisticados, indo de encontro ao modelo onde, quanto menos conhecimento tiver o trabalhador, mais conveniente será para o sistema. Neoliberalismo, abertura dos mercados nacionais, automação, ou seja, todas as mudanças na estrutura produ-

³ Eliane Noronha Nassif (2001:32) diz que “embora para admitir o toyotismo como reação à resistência do trabalhador organizado, é importante ressaltar que, ao contrário do taylorismo/fordismo, no toyotismo o trabalhador torna-se um despota de si mesmo. Ele é instigado a se auto-recriminar e a punir-se caso sua produção não atinja a chamada ‘qualidade total’ (...) O taylorismo e o fordismo tinham uma concepção muito linear, na qual a gerência científica elaborava e o trabalhador manual executava. O toyotismo percebeu, entretanto, a importância de deixar florescer o saber intelectual do trabalho (ou trabalho intelectual abstrato), através dos Círculos de Controle de Qualidade, apropriando-se dos resultados (...) As ideologias revolucionárias do século XIX, baseadas nas formas tayloristas e fordistas de produção, viam o capitalismo como um momento transitório a ser superado pela História, superação esta que decorria das próprias contradições do sistema”

⁴ Friedrich Hayek, em “O Caminho da Servidão” publicado em 1944, argumenta que a igualdade social promovida pelo Estado de bem-estar destruiu a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência, da qual dependia a prosperidade de todos. Os motivos decorriam do poder excessivo e nefasto dos sindicatos é, de maneira geral, do movimento operário que havia corrido as bases da acumulação capitalista com suas pressões reivindicativas sobre salários e com a sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais. A saída para a crise consistia em manter um Estado forte, com capacidade de quebrar o poder dos sindicatos e no controle dos gastos públicos, pouco com os gastos sociais e nas intervenções econômicas. Para tanto, era necessário conter os gastos com o bem-estar e promover a restauração da taxa de desemprego, ou seja, um exército de reservas de trabalhadores para acabar com os sindicatos.

⁵ Umberto Romagnoli (2001:21) afirma que “dessacralizar mesmo as memórias mais caras de acontecimentos ou fatos do século XX às vésperas da chegada do XXI é a desfaçatez intelectual que chamam de revisionismo. O setor jurídico mais exposto a incursões corsárias é o do Direito do Trabalho. Tinha que acontecer. Por demasiado tempo foi objeto de culto exaltativo, e chega uma hora em que é necessário substituir os mitos pela história. Não obstante isso, o desafio do futuro pode ser captado somente por juristas capazes daquela respeitosa simpatia para com o passado que é o pressuposto de qualquer reconstrução histórica não deformadora. Mesmo a custo de parecer juristas políticos. De resto, aqueles que crêem que não o são ‘ou são presunçosamente ingênuos’, escreveu Lord Wedderburn, ‘ou são desonestos consigo mesmos e com os outros?’ (...) E isso porque podemos ser juristas políticos de dois modos muito diferentes: como dizia Leonardo Sciascia a propósito dos escritores’, ou se oferece a própria ‘irresponsabilidade’ ao poder dominante ou se oferece a própria ‘responsabilidade’ a todos”

tiva da sociedade, verificadas desde a década de 20, passaram a abalar as estruturas de um direito feito com base na produção taylorista ou fordista, ou seja, na produção em massa, que congregava num mesmo espaço, também, em massa, muitas pessoas sob as mesmas condições. Defendo que é preciso quebrar a ideologia de que as idéias não têm o poder de mudar a realidade e que o determinismo histórico trará as mudanças a seu tempo. O paradigma do Estado Social transportado para o Direito Sindical, que se baseou na proteção de condições de trabalho da organização taylorista ou fordista, não é mais suficiente para responder às mudanças sociais, políticas, ideológicas e tecnológicas. O paradigma do Direito Sindical está em ruptura. Ele não responde às necessidades de se fazer um Estado Social fundado na universalidade de direitos e não nos direitos de corporações regidas por contratos de trabalho.

“Trabalhadores de todo o mundo, uni-vos”- esse é o espírito que nos parece pré-existente em toda a atividade sindical. Mas entre a utopia marxista de uma revolução universal e os atuais mecanismos de representação, mudou o sentido da unidade. Aprendemos e esta seja afinal a lição máxima de contemporaneidade que o fundamento da representação, mudou o sentido da unidade e que o fundamento da representação é o pluralismo.⁶

É inaceitável que a democratização avance quando nas relações econômicas (luta de classes) subsiste pela força da inação legislativa e dos interesses corporativos, uma forma de representação que por definição afronta a liberdade⁷. Também não é aleatório que o fim da unicidade sindical seja impugnado por sindicatos oficiais inoperantes ou que sobrevivem à custa de contribuições compulsórias.

Entre o Estado e o sindicato existe uma relação de força. O Estado possui poder soberano e o sindicato, poder autônomo – o primeiro significa a capacidade de dispor sobre a aplicação do direito e o segundo, a capacidade de autoregrar o próprio interesse.

Na formulação corporativista vigente na organização sindical brasileira, embora admita a atuação dos corpos intermediários, sujeita-os a estrito controle estatal e é concebido como uma tentativa de supressão da luta de classes, uma vez que organizados pelo critério de categorias profissionais e econômicas, e, submetidas estas ao comando do Estado, ficariam automaticamente superadas as diver-

⁶ Mario Ricciardi (2001: 216/217) sublinha que: a reconstrução do pacto social depende então em larga medida do futuro do sindicato. Mas o sindicato tem futuro? E, em quais condições? Nestes anos, na velha Europa que foi o berço do sindicato, os sindicatos estão atravessando uma crise de vastas proporções. Os motivos desta crise são em larga medida dependentes de fenômenos coligados à globalização. Quero somente recordar dois destes motivos: um de natureza política e um de natureza social que, me parece são os mais importantes. O de natureza política provém do fato que mais ou menos todos os governos pensam em criar, frente a globalização, condições otimizadas de competitividade para as empresas nacionais; (...) O outro motivo de crise para o sindicato é de natureza social configurado na perda de representatividade determinada pelas profundas mudanças na organização do trabalho e no mercado do trabalho que são induzidos pela competição global”

⁷ Delgado (2001:99) comenta que “a Carta Magna de 1988 é o mais relevante ponto de mudança no modelo trabalhista e sindical brasileiros, desde 1930/45, embora seja também, ao mesmo tempo, um elemento asseguratório de sua continuidade”

gências e todos passariam a colaborar para o sucesso de um projeto nacionalista. No limite, é imprescindível a unicidade sindical que é exclusividade de representação da categoria profissional ou econômica, conferida a determinada entidade, em uma área territorial preestabelecida. A unicidade sindical é contrária ao princípio da liberdade porque cerceia o direito dos empregados e empregadores de escolherem outra entidade para os representar.

A reformulação da organização sindical se apresenta como um complemento necessário do processo de democratização para se chegar ao Estado Democrático de Direito ⁸, como também, para refletir a atualidade, onde sem perder a referência do conceito de classe, faz-se necessário estudá-lo através de ótica das relações ou seja, pelo estudo das normas de direito coletivo ou individual nos seus aspectos contextuais que lhes determinam o sentido: a) regime político; b) quadro institucional; c) composição da população ativa; d) situação do mercado de trabalho.

A organização sindical brasileira ⁹tem uma formatação de acordo com os princípios corporativistas da Constituição outorgada de 1937, consubstanciados no Decreto n.º 19.770/31 que, introduziu no ordenamento legal, o controle governamental sobre os sindicatos tendo como critério, o ideário da Revolução de 30, com matizes meramente intervencionistas. Foi imposta para a organização sindical a regra da unicidade. Este mandamento reflete a concepção de que a Nação é um corpo social onde todos os componentes devem cooperar cada um com um papel definido. Tem-se, assim, cristalizada a ideologia da colaboração de classes o que torna os sindicatos meros executores de funções burocráticas e possuidores de uma representatividade quase eternizada no que se refere a pessoas. Estes dispositivos foram incorporados à Consolidação das Leis do Trabalho e assim podemos afirmar que a organização sindical idealizada pelo Estado Novo subsiste até hoje, tendo resistido à Constituição de 46, à de 67, à Emenda de 69 e a Constituição de 88.

⁸ Romita (2001:52/53) esclarece que "o traço mais saliente do sindicalismo fascista é a rejeição da luta de classes, com a submissão dos órgãos de classe aos interesses do Estado. Nega-se o conflito de classes e destaca-se a colaboração entre as classes para a realização dos supremos interesses da produção nacional.(...) Da necessária colaboração entre as classes derivam: a) a submissão do sindicato ao Estado; b) o reconhecimento do sindicato único, fascista. Da negação do conflito entre as classes deflui a necessidade de canalizar a solução das controvérsias do trabalho (individuais ou coletivas) para o seio do Estado, com a conseqüente criação da Justiça do Trabalho"

⁹ Misailidis (2001:72) acrescenta que: "o modelo corporativo, envolvendo o Ministério Público com seus departamentos regionais, a Justiça do Trabalho, os sindicatos, federações e confederações de empregados e empregadores, gerou milhares de novos empregos nos setores privado e público, tendo este último todas as vantagens concedidas ao funcionalismo público. É notório que a contratação dos técnicos, advogados, sociólogos e economistas, assessorando os grandes sindicatos, significa o fortalecimento e a institucionalização das entidades de classes. Porém, no caso do sindicalismo brasileiro, a burocratização e a institucionalização não acompanharam sua consolidação junto às classes trabalhadoras no País, mas consolidou a tutela do Estado, uma vez que os serviços assistenciais que ofereciam e os empregos que criavam não poderiam ser sustentados sem o imposto sindical"

A concepção do nosso sindicato passa pela organização das forças econômicas em torno do Estado, com o intuito de promover o interesse nacional e contando com o poder de impor a todos que pertencem as categorias profissionais e econômicas, via de consequência, temos: a) unicidade sindical; b) hierarquização do sindicato num sistema Federações e Confederações; c) predeterminação das práticas sindicais; d) enquadramento sindical; e) manutenção do sistema através da contribuição sindical obrigatória.¹⁰

O Direito Sindical pode ser concebido de forma diferente, dependendo do grau de intervenção estatal previsto pelo ordenamento jurídico. Quanto maior for o número de possibilidades da intervenção estatal no âmbito das relações coletivas, menor será a autonomia privada coletiva dos sindicatos. Para o Direito Sindical, o estudo da autonomia privada, inicia-se recorrendo às origens históricas, investigando as antigas corporações de ofício. Cabe, aqui, um parêntese para explicar que as corporações de ofício, instituições da Idade Média, foram organizações que de forma estatutária (não contratual) estipulavam as regras e condições de trabalho. O trabalho era ordenado pelo regulamento corporativo, sendo, este a única fonte de direitos e deveres dos integrantes das corporações. Naquela época, não se falava do intervencionismo estatal porque as corporações de ofício defendiam principalmente os seus próprios interesses, os quais eram os donos da oficina, da matéria-prima e das ferramentas.

Já a idéia do corporativismo, enquanto ideologia política nascida no século passado, envolveu diretamente o Estado como interventor e organizador da economia e do trabalho, ao arrepio da autonomia privada. Em tese, o que importa para o corporativismo é o interesse nacional. Portanto, é difícil dizer que o corporativismo tem sua origem nas corporações de ofício da Idade Média. No corporativismo, o Estado é quem intervém (por meio das leis) na esfera das condições do desenvolvimento sócio-político, econômico e da organização do trabalho, impondo, assim suas diretrizes e regras, por meio do Direito positivo.

Quando o Estado segue as diretrizes acima indicadas, cria um molde rígido de direito sindical com acentuadas restrições à liberdade sindical. Através de leis e decretos, o Estado delinea a estrutura das entidades sindicais e especifica as suas funções; determina o conteúdo e os efeitos da convenção ou acordo coletivo, limita as hipóteses dos mecanismos de solução dos conflitos. Esse foi o padrão

¹⁰ Canotilho (1993:20) saliente que “no âmbito político assiste-se ao reflexo da política formal do Estado, dos parlamentos, dos governos, das burocracias, das formações sociais rigidificadas; no domínio jurídico, o espetáculo é o refluxo jurídico (deslocação da produção normativa do centro para a periferia, da lei para o contrato, do Estado para a Sociedade). A interpretação ou imbricação deste dois fenômenos tem sido posta em relevo, considerando-se que o reflexo político, articulado com o reflexo jurídico, encontra refrações concretas nos fenômenos: (1) da ‘des-oficialização’, traduzida no amolecimento da supremacia hierárquica das fontes do direito formal, sobretudo do Estado; (2) da ‘des-codificação’, expressa na progressiva dissolução da idéia de código como corpus coerente e homogêneo, cultural e superior do direito legal; (3) da ‘des-legalização’, isto é retirada do direito legal e até de todo o direito formal estadual (‘des-regulamentação’) e restituição das áreas por ele ocupadas à autonomia dos sujeitos e dos grupos.”

que, concebido pelos ideólogos do corporativismo, implantou-se no Brasil, na década de 30 e mostra traços de seqüência até no presente. A “mens legis” da Constituição de 88 não guarda nenhuma compatibilidade com algum resquício de um Estado com feições corporativistas. Isto se pode aferir pelo seu art. 1º que estabelece ao Estado um fim de preservar o corpo social, subordinando-o ao direito de todos e de cada um. Este artigo manifesta em termos efetivos a forma de governo – República Federativa a existência de um Estado Democrático de Direito – e as condições fundamentais para uma sociedade livre, justa e solidária – Soberania, Cidadania, Dignidade da Pessoa Humana, Valores Sociais do Trabalho e da Livre Iniciativa, Pluralismo Político. O açambarcamento ideológico do sindicalismo é tão nefasto quanto o exclusivismo político. Quando o art. 1º conclama o pluralismo político como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito deveria adotar, até para ser coerente, o pluralismo sindical como suporte vez que não há como negar a crescente interpretação entre o político e o social. Numa democracia pluralista os grupos profissionais tendem a se tornar peças cada vez mais valiosas no equilíbrio do sistema não só por serem fatores de limitação do poder estatal como também por se apresentarem como agentes promotores do interesse público.¹¹ Há por conseguinte, uma grande incongruência entre este dispositivo e o art. 8º, da Constituição que estabelece a unicidade sindical, a organização sindical por categorias e a contribuição sindical obrigatória.

O instituído nos incisos II e IV, do art. 8º, da Constituição contrapõe-se ao juízo de liberdade sindical preponderante no direito estrangeiro e especialmente aos princípios da Convenção n.º 88, da O.I.T, ao obstar a pluralidade sindical, a organização sindical por profissão, ofício ou empresa e a contribuição sindical voluntária.

Por outro lado, alguns avanços são observados, como por exemplo, o artigo 8º, I da C.F, que estabeleceu o princípio de não-intervenção estatal nos sindicatos, bem como o inciso V, que dispõe sobre a liberdade de filiação ao sindicato. O art. 9º, da C.F, que assegurou o direito de greve e finalmente os arts. 10,11 e o 114, § 1º, os quais podem ser vistos como um avanço na direção da autonomia privada coletiva.

A autonomia privada está alicerçada no pluralismo, ou seja, no modelo pluralista – democrático, onde o Estado, no seu papel soberano, deve garantir o equilíbrio entre as partes envolvidas em conflitos, no sentido de reconhecer centros autônomos de produção jurídica, como soluções para os conflitos. No caso do Direito Sindical, o poder estatal, dentro do modelo pluralista, deve intervir o mínimo garantindo a legitimidade e a representatividade dos sindicatos, assegurando, pre-

¹¹ Freitas Júnior (1999:157) entende que “o momento da ruptura paradigmática evidencia-se, no campo da dogmática do Direito do Trabalho (como de resto nas demais áreas do Direito e das Ciências Sociais), precisamente no momento em que os princípios e os postulados que a caracterizam, num determinado instante de sua evolução, já não mais conseguem dar conta de ordenar procedimentos cognitivos, nem tampouco de orientar práticos decisórias”.

ferencialmente, a solução dos conflitos coletivos pelas próprias partes envolvidas (negociações coletiva, convenção e acordo coletivo ou por mediadores escolhidos (mediação e arbitragem).

O paradigma do Estado Social transportado para o Direito Sindical não é mais suficiente para responder às mudanças sociais, políticas, ideológicas e tecnológicas do nosso tempo. No paradigma democrático, a fixação de linhas diretivas e de princípios de natureza teórica, necessários para a admissão de uma flexibilização com ele compatível, postula um modelo completamente novo de práxis científica. Nesse novo modelo devem incluir-se, não somente outros métodos utilizados pela sociologia, economia e filosofia, como também uma maior interação do Direito do Trabalho com outros ramos, pois a interpretação do Direito material e processual do trabalho não tem possibilitado essa integração.¹² O paradigma do Direito Sindical está em ruptura. Ele não responde às necessidades de se fazer um Estado Social fundado na universalidade de direitos. Embora na Constituição de 88 a regra da unicidade revestiu-se da argumentação de que se fazia necessária para evitar atomização das entidades sindicais, creio que, subjacente a essa razão, esteja o interesse das cúpulas sindicais oficiais de conservarem o monopólio do poder.

Na nossa organização sindical é imprescindível que o Estado assegure a receita do sindicato único pois este é o corpo intermediário destinado a atuar sua longa “manus”, mesmo que não seja representativo. Hoje, as férteis fontes de receitas sindicais oficiais já não mais influem no sentimento da exaltação do próprio Estado, servindo exclusivamente para lhes assegurar o poder.

Escolhemos para expor neste trabalho, resumidamente, as fontes de custeio dos sindicatos argentinos e uruguaios, co-signatários do MERCOSUL:

a) Argentina

Na Argentina prevaleceu as associações de empregadores e trabalhadores, organizados por ramos industriais ou atividades produtivas afins sem ter em conta a profissão. A lei trabalhista argentina empregava a expressão “asociaciones profesionales” (Lei 20.615), entretanto, posterior alteração introduzida pela Lei 23.551 é denominada de “asociaciones sindicales” Embora seja possível, também a associação por profissões (art.10, inc. “b”, da Lei 23.551), “em la pratica prevalecem las asociaciones de empleadores y de trabajadores, organizadas por ramas industriales o actividades productivas afines, sin tener em conta la profesión. La ley 23.551 mantiene la tendencia que busca robustecer la estructura sindical por actividad (ver art.30)” Krotoschin (1993:204).

¹² Dorneles (2002:176) pontue que “uma proposta de resgate da lógica preservacionista é extremamente abrangente, complexa. Envolveria antes de tudo uma própria reavaliação da condição humana, de sua vida em sociedade, de seus anseios e caminhos emancipatórios. Enquanto houver sistemas de dominação e de exploração, preconceitos e inacionalidades nas relações sociais, uma regulação preservacionista, qualquer que seja, não poderá atingir plenamente seus propósito em busca da igualdade social. Antes de se resgatar a lógica de preservação, portanto, o próprio ser humano deveria atingir uma consciência mais solidária no que se refere aos seus valores e ações em todos os níveis”.

Segundo dispõe o direito argentino somente são associações sindicais aquelas que preenchem os requisitos da Lei 23.551 e seu respectivo regulamento. A Constituição Argentina estabelece a voluntariedade como requisito característico da associação sindical, sendo que o art. 4º autoriza a Constituição, livre e sem necessidade de prévia autorização estatal, de associações sindicais, porém, somente após a inscrição adquirem personalidade jurídica (art. 23). As associações sindicais com personalidade jurídica devem cumprir os requisitos legais para adquirirem a personalidade gremial, ou seja, adquirirem direitos sindicais exclusivos (arts.25 e 31).

A doutrina argentina denomina como “ingresos sindicales”, as receitas recebidas para a manutenção das associações sindicais que segundo Vialard (1981: 234) – “la asociación debe contar con recursos propios para satisfacer las necesidades que impone la atención de su fin social” e que as contribuições regulares “constituyen el aporte del socio el sostenimiento de la institución. Es la obligación inherente a su calidad de miembro. En el orden privado, vienen a ser lo que el impuesto en la esfera pública. Según el mismo criterio de las leyes fiscales, el hecho imponible en este caso es la afiliación”.

A principal fonte de custeio dos sindicatos argentinos provém das contribuições dos associados, depois dos não-associados e, por fim, outros ingressos. A doutrina denomina quota de solidariedade, a qual é cobrada dos trabalhadores não-afiliados. Finalmente, por outros ingressos as receitas provenientes dos associados se sub-dividem em três grandes grupos: regulares, contribuições especiais e multas. Vale apontar que a Argentina estabelece como regra a vedação de imposição de contribuições sindicais aos não-associados. A única exceção está prevista nos convênios coletivos homologados, nos quais podem conter contribuição denominada de “solidariedade”, devida pelos não-associados e associados dos respectivos sindicatos.

b)Uruguai

O Sindicalismo Uruguaio apareceu pela primeira vez no período de 1865 a 1905. Foram os trabalhadores das indústrias tipográficas os primeiros a organizarem-se em associações profissionais.

No entanto, o direito uruguaio tem um traço característico – falta de regulamentação. A base da liberdade sindical está na Constituição de 1934 e, em segundo plano, as normas internacionais do trabalho.

Acerca das receitas sindicais, verificamos que são cobradas quotas, apenas dos associados, sendo lícito o desconto na folha de salários. Não são praticadas as chamadas “cláusulas de cotización sindical obrigatoria”, ou seja, os sindicatos não podem cobrar ou efetuar descontos diretos na folha de salários qualquer tipo de contribuição.

Enquanto o papel do Estado é totalmente intervencionista e protetor do trabalhador nas relações individuais do trabalho constata-se um significativo grau de abstencionismo quanto às relações coletivas de trabalho, do qual decorrem o reco-

nhecimento da liberdade sindical, da negociação coletiva e da greve.

Pode-se observar a existência de uma certa dicotomia na ordem jurídica trabalhista, além de uma abundante normativa legislativa e regulamentação no plano das relações individuais de trabalho, perante o abstencionismo normativo estatal em matéria de direito sindical. Trata-se de um dualismo no qual se contrapõem duas concepções. Por um lado, a heteronomia individual decorrente da intervenção protetora do Estado; por outro, a autonomia que deriva de sua notória ausência diante dos fenômenos coletivos.

As transformações normativas inspiradas pela flexibilização vão no sentido de aproximar a regulação da relação de trabalho à lógica civilista, restringindo o caráter imperativo predominante do ordenamento juslaborista (desregulamentação e incentivo à negociação coletiva), mas enfocando privilegiadamente o aspecto da economia de mercado. Dessa forma, acabam descaracterizando o Direito Sindical preservacionista, transformando-o de um Direito visando à distribuição da riqueza para um Direito que visa apenas à produção de riqueza. A lógica da preservação cristalizada pelas meta-princípios da proteção do trabalhador e da progressão social se desconsagra e, com isso, visualizamos um novo caracterizado pela: a) elitização do salário; b) institucionalização da informalização, da precariedade e da inserção instável ou não-inserção do trabalhador no mercado de trabalho (exclusão social); e) **preservação exclusiva da lógica do lucro e do capital.**

A evolução sindical internacional¹⁴ tendo como mote o fortalecimento das suas organizações advoga a unidade sindical originária da conscientização dos seus filiados, resultando uma ação sindical que vise fomentar e defender os interesses e direitos dos seus representantes. Esta unidade sindical não fere o princípio da liberdade porque há um sistema jurídico que possibilita a pluralidade sindical; neste caso, verificamos que a unidade é buscada através da designação do sindicato mais representativo com propósito de condução de uma determinada negociação coletiva.

No sistema da pluralidade sindical cabe aos interessados o exercício pleno da autonomia privada coletiva e, via de consequência, ter-se-á implantado o sistema de relações industriais.

¹³ Faria (2001:131) acentua que "a globalização é um fato de natureza econômica que se manifesta por etapas: a internacionalização das economias pelo acesso e aumento das exportações, a transnacionalização pelo crescimento dos investimentos e de atuação das empresas no exterior e a globalização pela formação de redes mundiais de produto e de informação. Observa-se, nessas etapas, um avanço da interdependência das economias nacionais, resultante do maior volume de diversificação do comércio Transfronteiriço de mercadorias e de serviços, da movimentação acelerada dos capitais internacionais e da expansão da tecnologia"

¹⁴ Franco Filho (2001:45) escreve: "recordando Frei Luís Sartori, há que haver solidariedade entre os homens, a qual 'nascida da fraternidade cristã, não admite excluídos, como os 'sem emprego', os 'sem terra', os 'sem-teto', os 'sem voz', os 'sem -vez', os 'sem-voto', os 'sem amor', aos quais devemos somar os sem-redes, os sem-telefone, os sem-rádio, os sem-televisão, os sem-carro, os sem-internet, os sem os confortos da modernidade. Mas, dentre todos, sobretudo, os sem vez e os sem amor, o vínculo da perfeição de que fala São Paulo na Carta aos Colossenses (Col, 3:14), o sentimento de misericórdia que necessita a humanidade, misericórdia que é exatamente amor, e que recomenda que se crie, urgentemente, um novo verbo: misericordiar, e, conjugando-o, devolver ao homem-pessoa o que lhe tem sido suprimido, e, assim, superar essa carência, restituindo-lhe o número de dignidade, que pode ser sintetizada na palavra respeito"

Defendo o sistema autônomo ou abstencionista e me filio à corrente dos que crêem que o direito à liberdade sindical é pré-existente ao direito positivado e que a norma só pode reconhecê-lo ou declará-lo existente. Para que se efetive a autonomia privada coletiva faz-se necessário reconhecermos que se fundamenta no fato de que, além dos interesses públicos e dos individuais, há os interesses coletivos, que podem não coincidir com nenhum deles e, por isso, é imprescindível a ausência do Estado na Organização Sindical e na Negociação Coletiva.

A organização sindical recepcionada pela Constituição de 88 tem como um de seus pilares de sustentação a unicidade e o enquadramento tendo fulcro no que dispõe o art. 511, da C.L.T. corresponde a duas vertentes:

a) da solidariedade de interesse comuns das empresas que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas – categoria econômica;

b) da similitude de condições de vida oriunda do trabalho em comum, executado por trabalhadores das empresas que realizam atividades idênticas, similares ou conexas – categoria profissional.

Este método foi concebido para dar sustentação a uma política corporativista como existência básica de uma estável uniformidade. Não há duas classes sociais inflexivelmente opostas (a negação da luta de classes) mas grupos que devem atuar harmoniosamente. A atuação do trabalhador deve desenvolver-se através dos grupos a que pertence. As categorias juridicamente organizadas em consonância com a Constituição de 88 incumbem funções de natureza econômica e convenções ou acordos coletivos se revestem, em decorrência, de força normativa, cabendo ao Estado orientar, dirigir e fiscalizar, vez que todas as receitas das entidades **sindicais oficiais são por ele asseguradas.**

Em um Estado Democrático de Direito é inexplicável que a formação de sindicatos se constitua no formalismo jurídico de um sistema de enquadramento prévio e obrigatório porque nele deveria existir uma organização sindical pluralista e democrática.

Para se ter como paradigma o Estado Democrático de Direito é essencial assegurar no corpo da Norma Hipotética Fundamental o exercício da liberdade e autonomia sindicais.

Ao resgatar pela análise o processo jurídico da organização brasileira deparamos perante o fato que o Estado absorve e modifica os conflitos originários da luta de classe dando como resposta uma legislação que, naquele momento histórico, é avançada. Deparamos sempre com uma postura legal satisfatória ao poder político em exercício desenhando um modelo de organização sindical fechado e dependente.

Creio que este modelo artificial atendeu, em um dado momento histórico, aos interesses de um Estado totalitário e às aspirações do trabalhador carente de maior poder de pressão para se contrapor à força do capital. Hoje, encontra-se em dissonância com a realidade.

Finalizando, não hesito em afirmar de que é imperioso alterar a organização

sindical para que ela possa corresponder a um Estado Democrático de Direito e em decorrência, ter como paradigma a liberdade sindical, postulado decorrente não tanto dos bons desígnios do legislador, mas, porque diz respeito à lei natural da sociabilidade humana e ao direito de associação que constitui a própria sociedade política.

BIBLIOGRAFIA

- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 6º ed. ver. Coimbra: Almedina, 1993.
- COUTINHO, A. R. "O Direito do Trabalho: a passagem de um regime despótico para um regime hegemônico". **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, is 3 e 4, 1º e 2º sem/1999, V.II
- DE MASI, D. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. Trad. Yadyr A. Figueiredo. 3 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, Brasília: UnB, 2000
- DELGADO, M. G. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: Ltr. 2001
- DORNELES, L. do A. D. de. **A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade**. São Paulo: Ltr, 2002.
- FARIA, W. R. Globalização: Comunidade Européia e Mercosul In: **Impactos da Globalização: relações de trabalho e sindicalismo na América Latina e Europa: teses do grupo de Bologna/ Seminário Internacional do Direito do trabalho**; Diana de Lima e Silva, Edésio Passos coordenadores. São Paulo: Ltr, 2001
- FRANCO FILHO, G. de S. **Globalização do trabalho: rua sem saída**. São Paulo: Ltr. 2001.
- FREITAS JÚNIOR, A. R. de. **Direito do trabalho na era do desemprego. Instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação**. São Paulo: Ltr, 1999.
- KROTOSCHIN, E. **Manual de Derecho del Trabajo**. 4ª edición actualizada por el Dr. Gustavo Raúl Meilij. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.
- MEISAILIDIS, M. L. de. **Os desafios do sindicalismo brasileiro diante das atuais tendências**. São Paulo: Ltr, 2001.

NASSIF, E. N. **Fundamentos da flexibilização: uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho.** São Paulo: Ltr, 2001.

Ricciardi, M. Globalização e Sindicatos In **impactos da Globalização – Relação de trabalho e Sindicalismo na América Latina e Europa: teses do grupo de Bologna/Seminário Internacional do Direito do Trabalho**; Diana de Lima e Silva, Edésio Passos coordenadores. São Paulo: Ltr, 2001.

ROMAGNOLI, U. **Os juristas do Trabalho ante a Globalização.** In **Impactos da Globalização – Relação de Trabalho e Sindicalismo na América Latina e Europa: teses do grupo de Bologna/Seminário Internacional do Direito do Trabalho**; Diana de Lima e Silva, Edésio Passos coordenadores. São Paulo: Ltr, 2001.

ROMITA, A. S. **O fascismo no direito do trabalho brasileiro: influência da Carta del Lavoro sobre a legislação brasileira.** São Paulo: Ltr, 2001

VIALARD, A. V. **El Sindicato en el Derecho Argentino.** Buenos Aires: Editorial Astrea, 1981.

A PROVA NO PROCESSO PENAL

Marcus Vinicius Ribeiro*

Instrução Probatória. Direito à prova. Valoração das provas processuais e extra-processuais. Limites ao direito à prova. provas ilícitas. inadmissibilidade. provas lícitas obtidas por meios ilícitos. Teoria da proporcionalidade e prova ilícita pro reo. As balizas legais e constitucionais. Teoria da Razoabilidade. Teoria da árvore envenenada.

1) Introdução

Será abordado no presente estudo a instrução probatória, o direito à prova, a valoração das provas, os limites ao direito à prova e por via de consequência as provas consideradas ilícitas.

Neste passo, serão abordadas questões como a possibilidade de se admitir provas ilícitas *pro reo*, a teoria da proporcionalidade e da árvore envenenada.

Com efeito, desde já deve ser advertido que o inciso LVI do artigo 5 da Constituição Federal de 1988 garante que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Tal previsão, expressa da nossa atual Carta Magna, pôs fim a uma antiga polêmica existente em nossa doutrina, pois parte dos estudiosos, baseados no princípio da verdade real, entendiam que o fato ilícito deveria ser apurado não importando de que forma e, por outro lado, outros entendiam que tais provas eram despidas de qualquer valor jurídico, porque foram colhidas em total desacordo com a legislação e com os princípios gerais do direito, atentando, ademais, contra os direitos mais elementares das pessoas.¹

Sem embargo, após a Constituição Federal de 1988, não restou dúvida de que as provas obtidas por meios ilícitos não podem ser admitidas no processo por colidir com nossa lei maior.

Entretanto, persiste uma divergência sobre se a interpretação de tal dispositivo deve ser literal, vedando todas e quaisquer provas ilícitas ou se estas podem ser admitidas para beneficiar o acusado, predominando o posicionamento derradeiro.

Para o deslinde da questão, parte-se de uma análise da teoria geral da prova para, posteriormente, adentrar-se ao assunto.

* Doutorando em Direito Processual Penal pela PUC/SP; Mestre em Direito Processual Penal pela PUC/SP; Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal.

2. Teoria Geral da Prova.

2.1. Conceito

Prova, em sentido jurídico, “representa os atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados”.²

2.2. Ônus da Prova

No processo penal, a prova incumbe a quem fizer a alegação, mas o juiz, em nome da verdade real, pode determinar diligências, de ofício, para dirimir dúvidas relevantes.

Destarte, em regra, compete ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito, enquanto, ao réu, cabe a dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos.

2.3. Classificação

Giuseppe Malatesta³, classifica a prova, com base em três critérios, quais sejam:

- quanto ao objeto: direta (quando se refere ao fato provado) ou indireta (quando usa-se de um raciocínio);
- quanto ao sujeito: pessoal (realizada através de pessoas) ou real (feita a partir de uma coisa);
- quanto à forma: testemunhal, documental ou pericial.

2.4. Objeto da Prova

O Juiz conhece o Direito e, portanto, este não necessita ser provado. Assim sendo, o que deve ser provado são os fatos.

Entretanto, alguns fatos não precisam ser provados:

- a) fatos evidentes ou intuitivos - são as verdades do mundo do conhecimento. Ex. que o dia 19 antecedeu o dia 20 ou que se a pessoa estava no Japão não estava no Brasil;
- b) presunções legais - a lei presume determinado fato. Ex. os crimes contra os costumes de menor de 14 anos, pela lei, se presumem violentos; ou que, em nulidades absolutas do processo se presume o prejuízo;
- c) fatos inúteis - sendo verdade ou não, tais fatos não influem na decisão;
- d) fatos notórios - o conhecimento se faz pela própria cultura normal. Ex: o dia 25 de dezembro é natal.

² Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, Da Prova no Processo Penal, p.5, 1994

³ A Lógica das Provas no Processo Penal,

2.5. Proibições de Prova

Alguns “meios de prova” são vedados pelo Direito. Com efeito, são proibidos os meios que atentem contra a dignidade da pessoa humana e, por via de consequência, o Estado Democrático de Direito.

Conforme adverte Manuel da Costa Andrade⁴, a heterogeneidade dos métodos proibidos e, conseqüentemente, a diferenciação e graduação das suas valorações normativas impossibilita um exame dos extensos e diversificados métodos proibidos de prova.

Aliás, como afirma K. Peters⁵, “há métodos proibidos de forma absoluta e face aos quais aquele sacrifício se presume de antemão (perigo abstrato de sacrifício).(…) Já em relação a outros haverá, pelo contrário, de indagar se, em concreto, eles redundam ou não em sacrifício da liberdade de formação e actualização da vontade, da capacidade de memória ou de valoração (atentados concretos à liberdade de declaração).”

Neste caminho, ressalta-se que são proibidos desde a tortura até os mais diversificados meios enganosos. A respeito, Manuel da Costa Andrade⁶, afirma que “não podem suscitar-se dúvidas quanto à proscrição invencível de toda e qualquer forma de tortura”, mas o quadro poderá ser outro em relação aos meios enganosos. Conforme expôs o renomado autor português não que se questione a possibilidade (sequer freqüência) de também aqui ocorrerem situações de manipulação ou degradação das pessoas em termos de pertinência mas o que não se pode é comparar à rigidez da vedação da tortura.

Vários meios enganosos que não devem ser admitidos no processo penal podem ser mencionados. Com efeito, Manuel da Costa Andrade⁷, lembra alguns como os chamados “homens de confiança” (testemunhas que colaboram com agentes da persecução penal sob promessa de confidencialidade de identidade e sigilo das informações); reproduções mecânicas gravações e fotografias ilícitas; escutas telefônicas, etc.

2.6. Valoração das Provas

Conforme adverte Vicente Greco Filho⁸, “pertence às partes a iniciativa de enunciar os fatos e de produzir as provas de suas alegações (art. 156). Ao juiz cabe atribuir-lhes o valor que merecem, daí decidindo sobre a procedência ou improcedência do pedido.”

Para a condenação do réu a prova deve se plena, estreme de dúvidas, en-

⁴ Sobre as proibições de prova em processo penal, p. 219.

⁵ Strafprozess, p. 312/3, apud Manuel da Costa Andrade, ob. cit. p. 212.

⁶ Ob. cit. p. 210.

⁷ Ob. cit. p. 220 e ss.

⁸ Manual de Processo Penal, 1997, p.213.

quanto que para a absolvição basta a dúvida, ou seja, na dúvida o réu deve ser absolvido (artigo 386, inciso VI do Código de Processo Penal).

Neste sentido, conforme ensina EBERHARDT SHMIDT (*Deutsches strafprozessrecht*, 1967, 48) ⁹:

“Constitui princípio fundamental do Processo Penal o de que o acusado somente deve ser condenado, quando o juízo, na forma legal, tenha estabelecido os fatos que fundamentam a sua autoria e culpabilidade, com completa certeza (‘mit voller Gewissheit’). Se subsistir ainda apenas a menor dúvida, deve o acusado ser absolvido (‘Bleiben auch nur die geringsten Zweifel, so muss der Beschuldigte freigesprochen werden’).

A condenação exige a certeza e não basta, sequer, a alta probabilidade, que é apenas um juízo de incerteza de nossa mente em torno à existência de certa realidade. (...)

A certeza é aqui a ‘conscientia dubitandi secura’, de que falava Vico, e não admite graus. Tem de fundar-se em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria (‘Sauer, Grundlagen des Prozessrechts’, 1929, 75) sob pena de conduzir tão-somente à íntima convicção, insuficiente”.

Aliás, para haver uma condenação a prova deve ser obtida durante o processo, à luz do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Destarte, não pode haver condenação baseada somente em um inquérito porque este não possui contraditório. Com efeito, o inquérito policial é um mero procedimento administrativo de natureza inquisitiva tendo por finalidade, tão-somente, investigar a prática delitiva para subsidiar a atuação do titular da ação penal.

A respeito, Ranulfo Melo Freire, em artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, número especial de lançamento, à fls. 133, afirma que “a unilateralidade das investigações desenvolvidas pela Polícia Judiciária na fase preliminar da persecução penal (*informatio delicti*) e o caráter inquisitivo que assinala a atuação da autoridade policial não autorizam, sob pena de grave ofensa à garantia constitucional do contraditório e da plenitude de defesa, a formulação de decisão condenatória cujo único suporte seja a prova, não reproduzida em juízo, consubstanciada nas peças do inquérito.”.

3. Provas em Espécie

São meios de prova previstos no processo penal brasileiro:

3.1. Exame de Corpo de Delito e outras Perícias (artigos 158 a 184 do Código de Processo Penal).

Perícia é um exame da qual se exige um conhecimento técnico.¹⁰

⁹ “*apud*” Heleno Fragoso, *Jurisprudência Criminal*, 1982, p. 506

¹⁰ Hélio Tornaghi, *Curso de Processo Penal* 1, 1997, 317..

O exame de corpo de delito é o exame no conjunto da soma de vestígios e sinais de uma infração penal. É indispensável nos crimes não transeuntes (que deixam vestígios).

O laudo da perícia deve ser assinado por dois peritos, mesmo que tais peritos sejam oficiais, sob pena de nulidade. É que, com base na antiga redação do artigo 159 do Código de Processo Penal, se argumentava, em nossos tribunais, que havia necessidade de dois peritos se estes não fossem oficiais, caso contrário bastava um. Porém, a Lei 8.862 de 28 de março de 1.994 deu nova redação ao “caput” do artigo em apreço e agora não resta qualquer dúvida, “*in verbis*”:

“art. 159. Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais.”

3.2. Interrogatório do Acusado (art. 185 a 196 do CPP)

O interrogatório é o testemunho do acusado acerca dos fatos imputados contra ele. Assim sendo, é o momento onde ele trará sua versão aos autos.

Neste caminho, o interrogatório, é um meio de prova e também de defesa. Por isto, o réu tem o direito de permanecer calado ou mesmo de mentir, não podendo, isto, prejudicar sua defesa, em que pese a redação infeliz de nosso Código Processual escrito anteriormente à Constituição Federal.

A respeito, Rogério Lauria Tucci¹¹, afirma que “tendo sido consagrado constitucionalmente, em nosso País, o direito do imputado de permanecer calado, nenhuma ilação dele poderá ser tirada, apresentando-se o silêncio como prova negativa da imputação, sem nenhuma repercussão positiva na apuração da responsabilidade penal”.

Destarte, cabe ao juiz, avaliar o valor das palavras do acusado, em confronto com as demais provas existentes nos autos, para proferir sua decisão.

3.3. Confissão (art. 197 a 200 do CPP)

A confissão por si só não basta para condenar alguém, os fatos devem ser confirmados por outros meios.

Conforme expõe Guilherme de Souza Nucci¹², em sua monografia sobre o tema, “Por vários motivos pode o réu fornecer uma confissão falsa e há inúmeros meios de se extrair uma confissão viciada, de forma que a cautela e a prudência indicam ser necessária uma confrontação da confissão do réu com as demais provas processuais. Afinal, confessar, acusando-se da prática de um crime, é um ato antinatural, pois atinge o instinto de preservação do ser humano. Se alguém

¹¹ Direitos e Garantias individuais no Processo Penal Brasileiro, 1993, 397.

¹² O valor da Confissão como meio de Prova no Processo Penal, 1999, p. 182

admite a culpa, sabendo que estará sujeito a uma sanção penal, podendo, inclusive, perder sua liberdade, deve ter forte motivos para fazê-lo. Dentre essas razões, existem as que dão alicerce a uma confissão verdadeira, mas há outras que sustentam admissões de culpa inautênticas”.

Assim sendo, para o Processo Penal somente a confissão não basta para a condenação, devendo, a versão apresentada pelo acusado ser confirmada pelas demais provas existentes nos autos. Não fosse assim, o réu poderia confessar para preservar o verdadeiro culpado ou mesmo ser convencido a isto por meios obscuros.

3.4 Oitiva das Testemunhas (art. 202 a 225 do CPP)

Testemunhas são pessoas que vão prestar declarações sobre seu conhecimento dos fatos discutidos no feito. As testemunhas devem comparecer em juízo, no dia e hora designados e dizer a verdade sob pena de desobediência e falso testemunho ou, ainda, de condução coercitiva. O juiz deve valorar o depoimento de cada testemunha em conjunto com as demais provas existentes nos autos.

3.5. Acareação - (art. 229 e 230 do CPP)

Acarrear é confrontar frente a frente, pessoas cujas declarações são divergentes, para que, as mesmas, elucidem pontos controvertidos de seus depoimentos. A acareação poderá ser determinada em virtude de pedido das partes ou por deliberação, de ofício, pelo juízo.

3.6 Reconhecimento de Pessoas e Coisas (art. 226 a 228 do CPP)

Reconhecimento é o ato pelo qual alguém verifica e confirma a identidade da pessoa ou coisa que lhe é mostrada.

Nos termos do artigo 226 do Código de Processo Penal, “quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á da seguinte forma:

I – a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II – a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III – se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV – do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.”

3.7 Reconhecimento Fotográfico

O reconhecimento fotográfico não é vedado no processo penal, porém, quando realizado, deve seguir as mesmas cautelas para o reconhecimento pessoal. Além de que, se for possível o reconhecimento pessoal, o fotográfico deve ser evitado por estar mais propenso a erros.

3.8. Prova Documental (art. 231 a 238 do CPP)

Documentos, para o Processo Penal, são quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares. É livre a juntada de documentos durante o processo, devendo apenas em respeito ao contraditório ser dada ciência à parte contrária. O Código proíbe entretanto a juntada de documentos em algumas fases do processo como a do artigo 406 no procedimento do júri e na sessão de julgamento.

6. Meios para garantir a prova

6.1. A Busca e Apreensão

Conforme expõe Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha¹³, a primeira questão a ser fixada é que a busca e apreensão não constitui um meio de prova e sim uma medida cautelar visando assegurar a obtenção e a perpetuação de uma prova. “Vale dizer, a finalidade é acautelatória, e consiste em assegurar não só a existência de uma prova criminal como também evitar seu perecimento”.

Destarte, para ocorrer uma busca e apreensão, a prova deve existir e haver um receio de que ela desapareça. Buscar, diferencia-se de procurar, não sendo cabível tal medida, evidentemente, quando existe uma ignorância sobre a existência ou não de algo a ser buscado.

A respeito, Cleonice A Valentim Bastos Pitombo¹⁴, afirma que “a finalidade da busca, pouco importando a modalidade, é encontrar coisas que se ocultam, ou não, e demais elementos materiais, ‘aptos principalmente, a tornar certos e conhecidos fatos e circunstâncias indiciantes’ e que ‘possam guardar préstimo probatório da verdade criminal, quer constituam elemento de acusação quer de defesa’(...) assim, não se sai a busca de coisa qualquer, de pessoa incerta, ou local não sabido, mas do que, efetivamente, importa e serve ao processo penal.

¹³ Da Prova no Processo Penal, 1994, p. 209.

¹⁴ Da Busca e apreensão no Processo Penal, 1999, p. 105.

4.2. Depoimento “ad perpetuam rei memoriam”

A lei processual penal permite o depoimento antecipado de qualquer testemunha quando há risco de não se poder tomar suas declarações no momento processual previsto em lei. Tal previsão se encontra no artigo 225 do Código de Processo Penal que estipula: “Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento”.

4.3. Outros meios para garantir a prova.

Por fim, nossa legislação prevê, outrossim, outros meios para garantir a produção probatória como no caso do artigo 218 do CPP que determina a condução coercitiva da testemunha que, regularmente intimada, deixa de comparecer sem motivo justificado, ou do artigo 220 do mesmo diploma normativo que estipula a possibilidade de se ouvir a testemunha aonde ela estiver sempre que a mesma, por enfermidade ou velhice, estiver impossibilitada de se locomover.

5) A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal

Pois bem, conforme visto, existem regras processuais previamente estabelecidas para se chegar à verdade real. A previsão das normas processuais cabíveis é uma garantia do cidadão em face do Estado, afim de se evitar abusos ou arbitrariedades. Na inquirição o Poder Estatal podia tudo, ou quase tudo, mas, em um Estado Constitucional de Direito, as regras devem ser claras para que o indivíduo não seja desrespeitado em sua intimidade e individualidade.

Assim sendo, permitir uma desobediência nestas regras legais estabelecidas, em nome de um suposto interesse público maior, seria criar um perigoso precedente em que prejudicada seria a própria coletividade. Principalmente se retornarmos ao período de “*caça às bruxas*”.

Deste modo, para que as evidências colhidas durante a instrução criminal sejam válidas, é necessário que tenham sido obtidas por meios lícitos, pois, conforme visto, a Constituição veda a utilização das provas adquiridas por modo não admissível.¹⁵

A respeito, Rogério Lauria Tucci¹⁶, afirma que “para a **garantia da plenitude da defesa** seja uma realidade, ao **direito à informação e atuação**, e ao **contraditório**, deve ser somado o **direito à prova**, mais especificamente o **direito à prova legitimamente obtida ou produzida**, que, por certo, se faz ínsito à **contraditoriedade da instrução criminal**”. (Grifos do autor).

¹⁵ Edgard SilveiraBueno Filho, O Direito à Defesa na Constituição, 1994, p. 54

¹⁶ Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, 1993, p. 226.

Destarte, para que a prova seja considerada idônea ao fim a que se destina, imprescindível é que seja produzida lícitamente. Aliás, é o que vem estampado enfaticamente no artigo 5º, LVI da Constituição Federal.

Rogério Lauria Tucci¹⁷, chega até a afirmar que a prova obtida por meios ilícitos não deveria ser admitida no processo penal, em hipótese alguma, pois entende que, “uma vez conseguidas ou produzidas por outros meios que não os estabelecidos em lei, e, ainda, moralmente ilegítimos, por maior que seja a importância do direito individual a ser preservado, não tem elas como ser levadas em conta pelo órgão jurisdicional incumbido de definir a relação jurídica penal submetida à sua apreciação”.

De outra parte, Edgard Silveira Bueno Filho¹⁸ admite o uso de provas obtidas ou produzidas por meios ilícitos, excepcionalmente, desde que:

1- “a prova a ser feita valer seja indispensável na defesa de um direito constitucional mais encarecido e valorizado pela Lei Maior do que aquele cuja violação se deu (...)”;

2- “(...) a produção desta prova se faça na defesa do réu e não a favor do Estado, entendido este como autor da ação penal (...)” ;

3 - “ (...) quando aquele que exhibe não teve nenhuma participação, quer direta ou indireta, no evento inconstitucional que a ensejou”.

Márcio Gaspar Barantier¹⁹, em artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais número 2, sustenta que a prova obtida por meios ilícitos pode ser admitida para a defesa desde que o interesse no aproveitamento seja maior do que aquele que originou a vedação, afirmando que, “a acusação não pode se valer de provas obtidas por meios ilícitos, em hipótese alguma”.

Isto, acrescenta, “em primeiro lugar porque, neste conflito, o interesse individual prevalece sobre o interesse coletivo na apuração de crimes, e a norma constitucional é clara neste sentido. E, em segundo lugar, **o aproveitamento destas provas pelo Estado – leia-se titular da ação penal – constitui a utilização oficial de produto de crime, assim como o receptor, que adquire mercadoria que sabe ser roubada, conduta incompatível com a função de aplicar a lei e promover a justiça**”.²⁰ (Grifo nosso).

Na verdade, o interesse coletivo não é prejudicado pois a decisão a favor do acusado não é contra a sociedade, ao contrário, é em seu favor, isto porque, é de interesse social de que só se condene alguém com provas robustas e que o Estado use os meios legais para a obtenção das mesmas.

¹⁷ Ob. Cit. P. 238.

¹⁸ ob. Cit. P. 54

¹⁹ RBCCrim 2/74

²⁰ idem, ibidem.

Márcio G. Baratier²¹, lembra, ainda, que “os expedientes repugnantes continuam a ser utilizados pelos órgãos de repressão à criminalidade. As torturas existem, as violências físicas, principalmente contra os desassistidos, são até comuns e as escutas telefônicas clandestinas são corriqueiras. Não é raro a polícia se aproveita de provas conseguidas ilicitamente para ‘fabricar’ provas legais composto, de forma aparentemente lícita e legítima, a verdade que lhe interessa demonstrar. As tão prolapadas ‘denúncias anônimas’ p. ex., utilizadas de forma absurda, servem, normalmente como justificativa para encobrir inconfessáveis práticas durante as investigações. (...) Outro aspecto prático relevante é o convencimento do juiz. Até que ponto a prova ilícita, ainda que fulminada pela nulidade tem influência na decisão dos magistrados? (...)”.

Por fim, conclui o autor, que as provas ilícitas são vedadas no processo penal, salvo quando essenciais na defesa do acusado, mas que a proibição legal por si, não é suficiente, devendo ser conscientizados Juízes, Promotores, Advogados e Policiais, sobre a importância de se proteger a intimidade e a integridade da pessoa.²²

Ada Peleggrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho²³, ao comentar a inadmissibilidade no Processo Penal das provas obtidas por meios ilícitos, afirmam, que “a doutrina e a jurisprudência de diversos países oscilaram, durante algum tempo, quanto à admissibilidade processual das provas ilícitas. Da posição inicial, que admitia a prova relevante e pertinente, reconhecendo apenas a punição do responsável pelo ato ilícito (penal, civil ou administrativo) praticado na colheita ilegal da prova, chegou-se à convicção de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos apurados, uma vez que se submete ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais – como, por exemplo, a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade de domicílio, a própria integridade e dignidade da pessoa.”

Mais adiante, entretanto, os referidos autores, com base na Teoria da Proporcionalidade, que consiste na escolha de um dos valores postos em jogo diante do caso concreto, reconhecem a possibilidade da utilização destas provas, no Processo Penal, apenas se elas forem favoráveis ao acusado.

6. Interceptações Telefônicas

A Constituição Federal, como cláusula pétrea, por se tratar de direito fundamental do homem, em seu artigo 5º, XII, dispõe que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judi-

²¹ Ob. Cit. P. 76

²² idem ibidem.

²³ As Nulidades no Processo Penal, 1994, p. 114.

cial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Neste caminho, a Lei 9.296 de 24 de julho de 1.996, trouxe a regulamentação de tal previsão constitucional. Com efeito, a redação da lei em referência não foi das mais felizes, o que vêm se tornado praxe nas nossas legislações mais recentes. Em inúmeros pontos permanecem dúvidas sobre a constitucionalidade ou não de certos dispositivos, além de sutilezas gramaticais que permitem interpretações dúbias, eivaram a lei desde sua promulgação.

Entretanto, o que não resta dúvida é que, para a interceptação telefônica, deve haver autorização judicial, *fumus boni iuris e periculum in mora*, sendo que a mesma só será admitida quando: houver indícios razoáveis da autoria ou participação da pessoa no evento; a prova não puder ser feita por outro meio; e se tratar de crime punível com reclusão.

Além disso, com o objetivo de punir quem viole as comunicações telefônicas afora as hipóteses legais, trouxe, em seu artigo 10, a previsão de crime, punível com reclusão de dois a quatro anos, o fato de “realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei”.

7. Teoria da proporcionalidade

A teoria da proporcionalidade foi desenvolvida na Alemanha e nos EUA sendo que esta defende que deve haver um balanceamento dos bens jurídicos colocados em jogo para se determinar se a prova deve ou não ser considerada ilícita.

Em outras palavras, tal doutrina defende que seja feita uma escolha, no caso concreto, entre os valores postos em confronto para que se decida sobre a vedação probatória. Assim sendo, admite, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, que uma prova que, em tese fosse, considerada ilícita seja admitida com base no equilíbrio entre os valores contrastantes.

O fundamento desta teoria é nobre, pois visa a impedir possíveis distorções que rigidez de exclusão da prova poderia trazer em casos graves. Entretanto, deve se ter uma certa cautela, sendo que se lida com valores extremamente subjetivos ao considerar quando o caso é grave e qual valor deve prevalecer ao outro.

8. Teoria da árvore envenenada

Outra questão controversa a ser analisada é a de uma prova lícita, mas que foi obtida de maneira ilícita, ou seja, através de uma prova ilícita chega-se a uma prova, em tese, lícita. É o caso da confissão obtida através de tortura de informações por meio de escutas clandestinas em que se chega a circunstâncias que levem a apuração dos fatos etc.

Esta prova que em tese é lícita, mas foi obtida por meios ilícitos é admissível?

A respeito, a Suprema Corte dos EUA desenvolveu uma teoria a qual denominou de "*Fruits of the poisonous tree*" em que o defeito da árvores se transmite aos frutos, ou seja se a arvore é envenenada envenenado são seus frutos. Assim sendo, se a prova parte de uma prova ilícita também deve ser considerada como tal.

O Supremo Tribunal Federal em vários casos adotou tal teoria para considerar certas provas ilícitas por derivação.²⁴

Para a solucionar a questão os adeptos da teoria da proporcionalidade entendem que o mesmo raciocínio deve ser usado, sendo que os valores devem ser analisados para se chegar ao predominante. Por seu turno, quem nega aplicabilidade à primeira teoria, aqui, para manter a coerência deve postular pela proibição de tal prova no processo.

9. Conclusão

Diante do exposto, sem embargo de posicionamentos contrários, conclui-se que as provas obtidas por meios ilícitos não podem ser admitidas no processo penal, salvo se for para beneficiar o acusado, isto porque, elas constituem uma verdadeira lesão a direitos fundamentais do homem, e uma lesão a tal direito individual do cidadão, antes de ofendê-lo, fere toda a sociedade e o Estado Constitucional de Direito.

E mais, a Polícia Judiciária e o Ministério Público, não deveriam usá-las, sequer para orientar suas investigações e "fabricar" provas lícitas, porque tal postura aproveita e incentiva a conduta ilícita de atentar contra a liberdade e individualidade do cidadão.

Tais órgãos estatais, deveriam ser os primeiros a pugnam pela estrita observância de nossa legislação e da proteção do indivíduo, seja ele quem for, mesmo que seja culpado, pois existem meios para se demonstrar tal condição e formas legais de ser punido pelo ato praticado.

BIBLIOGRAFIA:

ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra editora, 1992.

ARANHA. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, Da Prova no Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 1994.

BARANDIER, Márcio Gaspar. A prova ilícita no Processo Penal, artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais número 2, abril – junho 1993, São Paulo.

²⁴ Cf. boletim IBCCrIm n. 30, junho/95 e Ricardo Raboneze, Provas obtidas por meios ilícitos, p. 33 e ss.

- BASTOS, Celso. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 1996.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. O Direito à Defesa na Constituição, São Paulo: Saraiva, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional, Coimbra: Almedina, 1993.
- FRAGOSO, Heleno, Jurisprudência Criminal, Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- FREIRE, Ranulfo de Melo. Valor Probatório do Inquérito Policial, Revista Brasileira de Ciências Criminais número 0.
- GRECO FILHO, Vicente, Manual de Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. Interceptação Telefônica, São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRINOVER Ada Pelegrini e outros. As Nulidades no Processo Penal, São Paulo: Malheiros, 1994.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das Provas no Processo Penal, Trad. Paolo Capitanio, Campinas: Bookseller, 1996.
- MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, vol 1, Campinas: Bookseller, 1997.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 2000.
- NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão, São Paulo: RT, 1999.
- PITOMBO, Cleonice A Valentim. Da Busca e Apreensão no Processo Penal, São Paulo: RT, 1999.
- RABONEZE, Ricardo. Provas obtidas por meios ilícitos, Porto Alegre: Síntese, 1999.
- RIBEIRO, Marcus Vinicius. A Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais. Revista da Faculdade de Direito da Ung, V. 1, Porto Alegre: Síntese, 1999.
- _____. A prova no Processo Penal e as provas obtidas por meios ilícitos. Revista Unicsul número 7, Dezembro/2000.

_____ (org.). Temas Relevantes do Direito - Vol. 2. São Paulo: Lúmem, 2002.

TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal vol 1, São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 1993.

LEI 6766/79 – O PARCELAMENTO DO SOLO*

QBAR, Ali, Mamed, Muniz**

1. INTRODUÇÃO

O parcelamento do solo urbano, até a criação de referida Lei, era controlado pelo Decreto-Lei 58/37, que continha essencialmente normas civis, mostrando preocupação com as relações entre o loteador e os adquirentes dos lotes, com poucas disposições de ordem administrativa, esquecendo-se completamente do caráter penal. Por esse motivo e movido pelo desenvolvimento sócio-econômico do país e constante crescimento no número de núcleos urbanos, tal decreto não mais cumpria sua inicial missão no resguardo do interesse público existente no ato de parcelar o solo urbano.

O teor da lei 6766/79 a difere do decreto 58/39 pois tem a primeira o mérito de efetuar a união de aspectos civis, administrativos, urbanísticos e penais que incidem naturalmente sobre o parcelar do solo urbano, aspectos estes que, ao não serem abrangidos pelo decreto, limitava a atuação do poder público no ato de parcelar.

A lei do parcelamento do solo tem por objetivo fundamental não só a defesa do contratante desfavorecido, mas também a manutenção do ordenamento administrativo, pois, volumoso é o número de parcelamentos em diversos pontos do país, tornando comum a venda de lotes de terrenos parcelados irregularmente.

2. SOLO URBANO

Parcelar o solo é, fragmentar, partir, fracionar, de modo a proporcionar a divisão da terra em unidades juridicamente independentes, possibilitando assim uma individualidade para fins de edificação, é o desaparecimento de um terreno para o surgimento de novos, com área inferior ao primeiro.

Entende-se por solo urbano todo aquele compreendido pelas zonas urbanas (cidades e vilas) e zonas de expansão urbana (reservadas para o devido crescimento das cidades e vilas, adjacentes ou não a estas). Sendo assim, será urbano todo e qualquer loteamento destinado a fins habitacionais, mesmo situado em zona rural, compreendido em sua fiel destinação e não em mera localização.

*Artigo baseado em monografia de mesmo título, elaborada pelo autor para apresentação e graduação no curso de Direito da Faculdade de Direito Padre Anchieta, outubro/2002.

**Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Padre Anchieta / Técnico em Edificações formado em 1996 pela ETE "Vasco Antonio Venchiarutti" / Desenhista Arquitetônico e Estrutural / Técnico Industrial I da FUMAS "Fundação Municipal de Ação Social da Prefeitura de Jundiaí/SP".

3. DAS FORMAS DE PARCELAR

As formas de parcelamento do solo estão previstas no art. 2º da Lei 6766/79, onde se percebem duas as modalidades:

§ 1º - Considera-se **loteamento** a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

§ 2º - Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

O único ponto coincidente ou comum a ambos é o destinar-se ao fim habitacional e, para que haja real aplicação da Lei em questão, mister se faz, que se verifique um loteamento ou desmembramento em suas formas acima especificadas, porém, sublinhamos que a Lei em muitas passagens refere-se apenas a loteamentos.

Imprescindível se faz saber, se a gleba a ser parcelada conta ou não com *vias de circulação* (ruas ou avenidas que possibilitem o tráfego), e *logradouros públicos*, também chamados de *Sistemas de Lazer* ou *Áreas Livres de Uso Público – ALUP* (praças, quadras, etc.), permitindo a distinção entre loteamento e desmembramento, com a finalidade de aprovação pelo Poder Público e de registro no cartório Imobiliário.

4. REQUISITOS URBANÍSTICOS

Art. 4.º . Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

Dispõe o Capítulo II, da Lei n. 6.766/79, que o loteador deverá atender algumas exigências mínimas descritas em seus incisos e § 1.º. Tais exigências poderão ser ampliadas por leis, sejam elas estaduais ou municipais, e em contrapartida, não podem ser reduzidas ou ignoradas. Apesar das exigências referirem-se única e exclusivamente ao loteamento, no que dispõe o artigo 11, podem-se estender aos planos de desmembramento, áreas, dimensões mínimas dos lotes, reserva de faixas destinadas ao abastecimento de água, coleta de esgoto, passagem de águas pluviais e outros equipamentos urbanos.

4.1. Proporção das Áreas

I – as áreas destinadas a sistema de circulação, implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais a densidade de ocupação prevista para a gleba, ressalvado o disposto no § 1.º deste artigo;

Constitui área destinada ao sistema de circulação: as vias para tráfego e trânsito de veículos e pessoas ou só de pessoas; implantação de equipamento urbano e comunitário: rede de água, esgoto, cultura, lazer; espaço livre de uso

público: praças. Não se obriga o loteador integralmente ao que prevê esse inciso, mas há que reservar área proporcional a densidade de ocupação prevista para gleba, bem como obrigações impostas pela Municipalidade. Obrigação dessa forma, a tornar proporcional o número de habitantes e suas atividades socioeconômicas com o número de metros quadrados utilizados para uso público, não se levando à risca o que dispõe o inciso em questão, uma vez que se for considerada a gleba como um todo, haverá necessidade de uma área pública maior, o que seria risível atualmente.

4.2. Dos Lotes

II – os lotes terão área mínima de 125 m² (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco) metros, salvo quando a legislação estadual ou municipal determinar maiores exigências, ou quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes;

Dispõe o inciso supra transcrito a fixação da área e frente mínimas dos lotes para todo o território nacional. Controvertido se fez tal inciso, pois dispor a respeito de lote mínimo deveria ser competência da municipalidade, vez que a organização municipal varia de acordo com as peculiaridades locais.

É previsto a existência de mínimos menores para os casos de urbanização específica ou de edificação de conjuntos habitacionais ou interesse social, se aprovados previamente pela administração. Pode-se definir padrões diversos, para determinados zoneamentos e setorizações dos municípios, como exemplo um terreno de 250m² de área e 10m de frente para os setores residenciais.

4.3. Das Águas

III – ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, será obrigatória a reserva de uma faixa “non aedificandi” de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica:

A par da questão da flora, há um outro relevante aspecto na natureza, que reclama as maiores preocupações com sua incolumidade, porque tanto quanto outros temas, revela-se vital a saúde e sobrevivência da espécie humana. Trata-se o regime de águas de um conjunto de normas e demais prescrições legais a disciplinar e proteger os recursos hídricos, a flora e a fauna aquáticas.

A necessidade desse disciplinamento fez urgir em nosso ordenamento jurídico o Código de Águas (Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934, modificado pelo Decreto-lei n.º 852, de 11 de novembro de 1938 e por leis subsequentes).

O legislador ao elaborar o código de águas, em seus dispositivos, buscou proteção aos recursos hídricos, à flora e à fauna aquáticas, no interesse da saúde pública e na qualidade das águas públicas.¹

¹ MIGUEL NETO, Sulaiman. Questão Agrária : doutrina, legislação e jurisprudência. Ed. Bookseller. Sao Paulo, 1997.

Conceituam-se águas correntes as provenientes dos rios, canais e ribeirões; águas dormentes como as provenientes dos lagos, represas, tanques e reservatórios.

4.4. Das Vias

IV – as vias de loteamentos deverão articular-se com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas, e harmonizar-se com a topografia local.

De acordo com o dispositivo supra transcrito, as vias dos loteamentos deverão ser ligadas à rede viária já implantada ou a serem implantadas, e conseqüentemente harmonizando-se com a topografia local impedindo grandes obras que divergem da mesma, abrangendo toda região que engloba o parcelamento.

Tal harmonia deverá existir não só com as vias oficiais existentes ou projetadas, mas com todas as obras que poderão vir a serem executadas pelo loteamento.²

4.5. Equipamentos Comunitários e Urbanos

§ 1.º A percentagem de áreas públicas previstas no inciso I deste artigo não poderá ser inferior a 35% (trinta e cinco por cento) da gleba, salvo nos loteamentos destinados ao uso industrial cujos lotes forem maiores do que 15.000 m² (quinze mil metros quadrados), caso em que a percentagem pode ser reduzida.

Dispõe o artigo supra transcrito sobre a fixação do percentual mínimo de áreas para a implantação de equipamentos urbanos e comunitário bem como ao sistema de circulação e uso público.

§ 2.º Consideram-se comunitários os equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares.

Essas áreas estão incluídas nos trinta e cinco por cento referidos anteriormente, cabendo ao município situá-las em planta, desde que fundamentada a situação, bem como exigir do loteador a edificação correspondente a destinação das áreas, fiscalizar a implantação, fiscalizar a construção, exigir tributos, além responsabilidade integral sobre os equipamentos implantados após a expedição do Termo de Verificação.³

Art. 5.º O Poder Público competente poderá complementarmente exigir, em cada loteamento, a reserva de faixa non aedificandi destinada a equipamentos urbanos.

Parágrafo único. Consideram-se urbanos os equipamentos públicos de abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coletas de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado.

A exigência de tal faixa deverá ser fundamentada para que não se configure

² GASPARINI, op.cit., pág.40

³ GASPARINI, op.cit., pág.43

a arbitrariedade. Loteamentos são individualizados, vez que cada um é diverso do outro, podendo ser assim, exigidas áreas especiais em alguns deles por algum aspecto peculiar que o mesmo vir a possuir.

5. PLANO DIRETOR

Ao criar normas gerais de conteúdo urbanístico, a União pela primeira vez usou de sua competência concorrente neste campo, a qual deflui da própria Constituição, delegando dedicada fiscalização à observância dos limites urbanísticos dos Poderes Públicos Federal, Estadual e, em especial, o Municipal, que, fortalecido foi através dos Planos Diretores, nos diversos aspectos que concorrem na busca da defesa do desenvolvimento dos padrões urbanos e dos adquirentes de lotes.

O Plano Diretor resume-se num conjunto de normas urbanísticas, destinadas a propiciar o pleno desenvolvimento das cidades, de suas funções sociais, bem como o bem estar de seus habitantes. Neste contexto, a propriedade urbana só estará cumprindo sua função social quando, adequadamente e nos termos das leis municipais, concorrer para o bem estar dos seus habitantes e desenvolvimento de suas funções sociais.

6. REGULARIZAÇÃO DO PARCELAMENTO

Art. 3.º Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal.

Parágrafo único. Não será permitido o parcelamento solo:

I- em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas;

II- em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados;

III- em terreno com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas as exigências específicas das autoridades competentes;

IV- em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação;

V- em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.

O legislador impediu a realização de parcelamentos na zona rural e nos incisos narrados anteriormente. A **vedação é absoluta** quando a ação humana não tem como dotar área de condições de habitabilidade ou de uso adequado, notadamente para fins comerciais, industriais ou de lazer, ou, ainda, quando a área ou zona em que pretenda implantar o parcelamento é destinada a outros fins (ecológicos, pr exemplo), como é a hipótese do inciso V.

A **vedação é relativa** quando a ação humana pode dar “à área condições de habitabilidade ou de uso adequado para comércio, indústria ou lazer, como são

as hipóteses dos incisos. I, II, III e IV. ⁴

A atual situação econômica do país é problemática, vez que o elevado preço dos imóveis tem obrigado o povo a ocupar todo e qualquer terreno. Daí a necessidade de vedar o parcelamento de determinadas áreas.

Conforme se pode notar, os dispositivos acima transcritos são exemplificativos, podendo existir outras vedações, como por exemplo terrenos já utilizados como depósito de material radioativo ou cemitério, objetivando única e exclusivamente a vida digna e saudável dos habitantes.

Veda-se relativamente o parcelamento em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, ou seja, terrenos que constantemente tenham contato com água, vez que se o parcelador dispender esforços a serem fiscalizados pela municipalidade para reverter tal situação, cessa-se a vedação.

Também relativa é a vedação de terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo a saúde pública, vez que sanada tal irregularidade antes do projeto de parcelamento não há impedimento para a realização do mesmo, desde que tal obra seja devidamente fiscalizada pela municipalidade.

Devido à facilidade de realização do parcelamento em terrenos planos, impede-se o loteamento de terreno com declividade igual ou superior a (30%)trinta por cento. Relativa se faz tal vedação, vez que se revertida for tal irregularidade através de obras(cortes e aterros) a serem realizadas pelo loteador e fiscalizadas pela municipalidade a mesma tornar-se-á inexistente. Cabe ao município, através de disposições legais indicar os critérios para a fixação da porcentagem descrita. São proibidos os parcelamentos realizados em terrenos cujas condições geológicas não aconselham a realização de edificações. Diversos são os entendimentos nesse sentido, vez que os esforços humanos não são capazes de modificar uma condição geológica que prejudique a segurança da população, nesse sentido a vedação seria absoluta. Em contrapartida, seria relativa a proibição se a condição geológica não influenciar no parcelamento, dependendo do tipo de construção a ser realizada. Tal liberação para o parcelamento só será autorizada depois de feita perícia do local e conseqüentemente com a expedição de um laudo de aprovação.

Finalmente, para garantir as áreas de preservação ecológica, são vedados os parcelamentos a serem realizados que possam causar qualquer tipo de prejuízo a fauna e a flora local. Já nas áreas onde existirem poluição sonora ou atmosférica que impeçam condições sanitárias suportáveis, o loteamento poderá ser realizado se as mesmas forem corrigidas, desde que exista a comprovação através de laudos que demonstrem a veracidade da ausência de prejuízos à saúde dos habitantes daquele local. No dispositivo em questão a primeira vedação é considerada absoluta e a segunda relativa.

⁴ GASPARINI, op.cit., pág. 28

7. DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação é a requisição de bens móveis e fungíveis, atingindo a faculdade que tem o proprietário de dispor da coisa segundo sua vontade, implicam a transferência compulsória, mediante indenização, para satisfazer a interesse público; afetam o caráter perpétuo e irrevogável do direito de propriedade.

A desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.

O STF já desfez o engano de quem entendia que a desapropriação de imóveis rurais é sempre de competência da União; somente o é quando o imóvel rural se destine à reforma agrária.

A Constituição do Brasil indica, como pressupostos da desapropriação, a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social (arts. 5.º inciso XXIV, e 184).

A indenização é exigência que se impõe como forma de buscar o equilíbrio entre o interesse público e privado; O direito à indenização é de natureza pública, já que embasado na Constituição; a indenização deverá ser prévia, justa e em dinheiro. Poderá ser em título da dívida pública nas hipóteses dos artigos 182, § 4.º, III, e 184 da Constituição.

8. REGISTRO DO PARCELAMENTO

A pesquisa nos cartórios imobiliários proporciona uma maior segurança para o processo de regularização fundiária, não se limitando unicamente a dar publicidade aos atos praticados mas, a fim de que os bens sejam individualizados, bem como os seus proprietários e interlocutores do processo de regularização, caracterizando desta forma a veracidade da titularidade dos terrenos, além de outros atos a eles relacionados.

A referida pesquisa, atualmente vem eivada de dificuldades devido ao grande número de núcleos de sub moradias existentes que fogem ao controle da municipalidade, onde muitas vezes ocorrem conflitos de titularidade dos terrenos onde elas se encontram; em contrapartida, ausente uma centralização entre os cartórios de registros de imóveis, as pessoas agindo de má-fé podem registrar o mesmo imóvel sobre várias titularidades em cartórios distintos, ou mesmo aqueles que sem nenhum título vendem imóveis nunca antes a eles pertencidos; não podendo deixar de ressaltar a divergência acerca da competência de cada cartório devido a divisão local entre os mesmos.

9. A QUESTÃO AMBIENTAL

A idéia da preservação ambiental, do meio natural e construído, não há dúvida tornou-se o grande tema mundial de discussões presente na rotina dos cidadãos comuns e mesmo nas reuniões dos líderes políticos dos países desenvolvi-

dos. Para os habitantes das cidades, a questão é fundamental, posto que intimamente ligada a à melhoria da qualidade de vida.

Em última análise, o que se pretende é promover a melhor integração do homem com a natureza sem vinculação a quaisquer orientações de cunho ideológico.

As constantes notícias de degradação ambiental não podem deixar de despertar a atenção e a ação governamental. Contudo, pensamos que em se tratando de questão ligada profundamente à qualidade de vida dos cidadãos em geral, deva ser tratada também a nível educacional. Deve, assim, tornar-se efetiva a norma programática contida no artigo 225 da Constituição Brasileira.

10. ASPECTOS PENAIS PREVISTOS NA LEI 6.766/79

Muitos loteadores têm usado a faculdade de parcelar o solo em zona rural com o intuito de burlar a Lei 6.766/79 utilizando como argumento a mesma não alcançar o parcelamento do solo rural.

Contrariando tais pensamentos o artigo 50, inciso I, considera crime dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento, ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente...

Independente da localização, rural ou urbano, o loteamento está submisso a tal lei, considerando-se a finalidade a qual o mesmo se destina. O tipo penal não obriga que o loteamento esteja sendo feito em zona urbana, bastando para tal que tenha fins urbanos, finalidade urbanística ou de urbanização da área, com a intenção de criação de um novo núcleo populacional, caracterizando o parcelamento como um novo bairro ou vila.

Não respeitado o destino do parcelamento rural, teremos *loteamentos comuns* abrangidos pela lei 6766/79, ou seja, condomínios destinados a recreio que resultam em chácaras disfarçadas de partes ideais. Portanto, loteamento em condomínio, loteamento fechado e loteamento integrado nada mais são que loteamentos comuns, estando então submissos a referida lei.

Importante se faz ressaltar que o direito de propriedade de quem parcela de forma irregular não está sendo ofendido, mas apenas e tão somente cria-se uma limitação de seu uso, de modo a exigir-se a comprovação da regularidade do loteamento para que se adquira o alvará de construção.

O loteador que executa ou vende loteamento em zona rural com fins urbanos, ou mesmo em zona urbana sem a existência do registro imobiliário, bem como a aprovação do projeto pela municipalidade ou demais órgão competentes, está infringindo o artigo 50 e seus incisos da lei em questão, passível portanto da competente ação penal.

Reza o artigo 50. *Constitui crime contra a Administração Pública:*

I – dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito

Federal, Estados e Municípios;

II – dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença;

III – fazer, ou veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo.

Pena: Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único. O crime definido neste artigo é qualificado, se cometido:

I – por qualquer meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente;

II – com inexistência de título legítimo de propriedade do imóvel loteado ou desmembrado, ou com omissão fraudulenta de fato a ele relativo, se o fato não constituir crime mais grave.

Pena: Reclusão, de 1(um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Constitui crime contra a Administração Pública os que têm como sujeito passivo o Poder Público. Podem ser praticados por aquele que mantém vínculo empregatício com a Administração Pública, o servidor, ou por qualquer pessoa a ela não vinculada. São qualificados como crimes dolosos, ou seja, quando o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo, Os incisos I e II, do artigo supra transcrito são crimes de mera conduta: aqueles que não necessitam que alcance qualquer tipo de resultado para tipificá-lo; em contrapartida, os catalogados no inciso III, são crimes de resultado, vez que necessitam de uma consequência da conduta humana seja ela dolosa ou culposa, existindo assim um nexo causal entre a conduta do agente e o resultado pretendido.

10.1. Crimes Simples

I – dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente...

A referida autorização consiste na aprovação do início do parcelamento pela autoridade competente que compõe os órgãos administrativos da municipalidade. O parcelador é o sujeito ativo e poderá ser condenado a uma pena de reclusão e multa, aplicadas cumulativamente.

Não serão definidos como crime, a demarcação, limpeza, terraplanagem, aterros, desmatamentos, canalizações ou parcelamento para fins rurais. Por outro plano, o legislador entendeu punir os atos de início de execução, quais sejam implantar ou fazer um parcelamento, condutas que possam colocar em risco o

bem protegido, tipificando assim, como crime de mera conduta, cujo *iter criminis* não admite tentativa.

... ou em desacordo com as disposições desta Lei...

Após a autorização do órgão competente e antes do início do parcelamento, colidindo com as normas da lei 6.766/79. Deve-se dessa forma cumular a autorização outorgada com o disposto na lei em questão. Tipifica o delito em questão a conduta parcial ou integral do agente, vez que terá que cumprir pena de reclusão em conjunto com a de multa. Não se fazendo necessário o resultado, configurando desta forma crime de mera conduta, não sendo admissível a tentativa.

... ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;

Tal tipificação se dá única e exclusivamente para fins urbanos, após a autorização outorgada pela autoridade competente, atende as normas impetradas pela Lei 6.766/79 mas, em contrapartida, colide com os interesses do estado, município ou Distrito Federal. Tipifica o delito a conduta parcial ou integral do agente que estiver em desacordo com a legislação pertinente a qualquer tempo. Pena imposta: reclusão cumulada com multa.

II – dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença.

A tipificação supra se dá única e exclusivamente para fins urbanos, após a autorização da autoridade competente e antes do início do parcelamento, atende as normas impetradas pela Lei 6.766/79 e está restrita a legislação estadual, municipal ou do Distrito Federal. Em contrapartida, encontra-se ausente a licença, denominada ato administrativo de aprovação. Tipifica dessa forma o delito, a conduta parcial ou integral do parcelador que estiver desprovido de licença. Crime de mera conduta, não sendo admissível a tentativa. Pena imposta: reclusão cumulada com multa.

III – fazer, veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de parcelamento do solo para fins urbanos...

Tipifica o crime de falso quem anuncia a venda de lotes por meio de declaração inverídica por meio de distribuição de prospectos, placas, anúncios, entre outros meios, não se fazendo necessária a venda do imóvel, uma vez que o inciso trata apenas da veiculação.

... ou ocultar fraudulentamente fato relativo a parcelamento do solo para fins urbanos.

Tal delito para configurar-se necessita do nexa causal entre a omissão fraudulenta dos fatos ou descrições relativos ao parcelamento e o dano ocorrido. Tal

tipificação se dá única e exclusivamente para fins urbanos, caso contrário não caracteriza crime. As penas impostas coercitivamente são as de prisão e multa. A tentativa é admissível.

10.2. Crimes Qualificados

O parágrafo único do artigo supra transcrito em seus incisos I e II, dispõe sobre as qualificadoras previstas. O parcelador é o sujeito ativo de tal delito, e as penas a serem impostas coercitivamente são as de prisão e pecuniária. Tal tipificação se dá com a divulgação inverídica a respeito da legalidade do parcelamento realizado, desde que haja veiculação manifestada pela vontade de fraudar fato relativo ao título da propriedade.

A descrição dada em relação ao inciso II do artigo sob comentário, pode acarretar a tipificação de crime mais grave cometido pelo parcelador, caso haja a existência de documento falso, caracterizando o crime previsto no artigo 297 do Código Penal, ou ainda obtendo qualquer vantagem ilícita, incidindo no crime do **artigo 171 do mesmo diploma legal.**

Para a configuração do delito independe a efetiva realização do loteamento, bastando tão somente dar início, daí, ser delito instantâneo, mas seu efeito que é permanente.

É admitida co-autoria, para quem de qualquer modo concorra para a prática dos crimes previstos no artigo 50 da Lei 6.766/79, devendo ser cumpridas coercitivamente as mesmas penas a este cominadas, onde todos respondem indistintamente pelo delito cometido integralmente.

É crime registrar loteamentos ou parcelamentos não aprovados pela municipalidade (art. 52 da Lei 6766/79). O sujeito ativo deste crime é o oficial cartorário que efetuar registro de loteamento desprovido de aprovação da municipalidade, não podendo ser praticado por pessoas que possuam vínculo com a Administração Pública, exceto nos casos de co-autoria. Os delitos descritos neste dispositivo dependem de resultado, admitem tentativa e são punidos com pena privativa de liberdade cumulada com pecuniária.

11. CONCLUSÃO

Os loteamentos projetados e implantados de forma inadequada ou irregular contribuem, de forma significativa para o aumento de áreas degradadas não só nos grandes centros urbanos, mas também na grande maioria dos municípios brasileiros.

Duradouro é o processo de aprovação dos loteamentos, aumentando assim gradativamente o número de loteamentos irregulares, sendo apresentados como clubes de recreio e alguns até como condomínios, com seus lotes demarcados independente de sua topografia, provando que os projetos de parcelamento são concebidos sem maiores preocupações com as condições do meio físico. Porém,

⁵ BUCCI, Mário César; Parcelamento do Solo: loteamento / Campinas, SP: Editora Jurídica Mizuno, 1998, p. 23.

não nos podemos deixar esquecer dos loteamentos clandestinos constituídos pela população de baixa renda, que, na grande maioria localizam-se em áreas de acen-tuadas declividades naturais e margens de rios, ou seja, áreas de risco para a segurança e saúde, não fornecendo a mínima habitabilidade, deixando assim de cumprir a propriedade, a sua função social, agravando com isso as suas condições de uso.

Embora seja de suma importância evitar que novos loteamentos sejam concebidos e implantados desta forma, é também necessário evitar que se agravem as condições observadas nos loteamentos já implantados, adotando medidas corretivas que promovam a sua regularização fundiária, buscando fazer cumprir a função social da propriedade e a preservação do meio ambiente.

Respeitadas devem ser as áreas mínimas estabelecidas pela Lei, bem como pelos Planos Diretores dos municípios, propiciando o pleno desenvolvimento das cidades e o bem estar de seus habitantes, e, em vista do princípio que norteia a Constituição Federal, mesmo os municípios que fogem à obrigatoriedade de um Plano Diretor (com menos de 20 mil habitantes) devem suprir as condições eficazes de moradia, recreação e transporte.

Mister se faz, normas mais específicas para uma política de regularização fundiária dos núcleos de sub moradias que por sua vez não atendem a função social da propriedade, evitando o descaso para com a população de baixa renda predominante no sistema brasileiro. O pleito desta população pela regularização da situação de seus terrenos, lotes ou meio lotes (sendo áreas públicas ou praças) pode ser atendido pelo Poder Público através da Concessão de Uso, porém, deve-se estudar de forma minuciosa a perda da qualidade de vida da população como um todo, que estaria abdicando de tais áreas livres, que passariam de uso comum para uso dominial.

Deve o Poder Público atuar de forma mais rígida perante os diversos modo que parceladores encontram para burlar a legislação, fazendo com que, além de observado o fiel cumprimento das funções sociais, sejam também respeitadas a proporção das áreas dos lotes, vias, equipamentos urbanos e comunitários.

De extrema importância são as sanções penais abrangidas pela Lei 6766/79, considerando crime dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente. Tais crimes podem ser praticados por qualquer pessoa, admitem co-autoria, com penas de prisão e pecuniária, desta forma, no parcelamento do solo para fins urbanos, qualquer infração que constitua ilícito administrativo ou civil deverá ser considerado um ilícito penal.

Conclui-se que a maneira correta de se combater os inúmeros problemas urbanos do nosso País, seria uma mais ampla e forte participação popular, impedindo a exclusão de milhões de favelados, sem teto, residentes nas periferias e sem-terra da administração de seus municípios e do processo político que denomina a ordem urbana.

BIBLIOGRAFIA

- BALBINO FILHO, Nicolau, 1935. *Registro de Imóveis: doutrina, prática e jurisprudência* – 9. ed. – São Paulo : Saraiva, 1999.
- BUCCI, Mário César. *Parcelamento do solo: loteamento*. Campinas, SP : Editora Jurídica Mizuno, 1998.
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL – revista e atualizada. 3.^a ed. – São Paulo : editora revista dos tribunais, 1998.
- CARVALHO, Erasto Villa-verde de. *Parcelamento do solo: condomínios regulares e irregularidades: urbanização*. Brasília : Editora Brasília Jurídica, 1996.
- FERNANDES, Edésio. *Direito Urbanístico*. 1.^a ed. – Belo Horizonte : Del Rey Editora, 1998.
- GASPARINI, Diógenes, 1934. *O município e o parcelamento do solo*. 2.^a ed. – São Paulo : Saraiva, 1988.
- GOMES, Lúcia Helena de Andrade. *Como preparar sua monografia jurídica*. 3.^a ed. rev. e atual. – Campinas, SP : Copola Livros, 2002.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: direito das coisas, volume 3.4.*^a Ed. – São Paulo: Saraiva, 2001 (Coleção Sinopses Jurídicas).
- MIGUEL NETO, Sulaiman. *Questão Agrária : doutrina, legislação e jurisprudência*. Ed. Bookseller. Sao Paulo, 1997.
- SAMBURGO, Beatriz Augusta Pinheiro. *Dos crimes de parcelamento do solo para fins urbanos: Lei 6.766/79* {on line}. Disponível da Internet via correio eletrônico
- SCAVONE JR.. Luiz Antonio Scavone. *Parcelamento de Solo Urbano*. Palestra ministrada no dia 31 de Julho de 2000 na Associação dos Corretores de Imóveis de Jundiá e Região.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas, volume 5*. 24.^a ed. – São Paulo : Saraiva, 1997.

USO E TRÁFICO DE DROGAS DESPENALIZAÇÃO? DESCRIMINALIZAÇÃO? OUTRAS SOLUÇÕES?

Tatiana Lages Aliverti*

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, faremos uma reflexão sobre a importância de uma política criminal brasileira eficaz em relação ao uso e ao tráfico de drogas.

Inicialmente, abordaremos o movimento reformista das leis penais, cuja finalidade primordial é buscar um Direito Penal mínimo e humanitário, capaz de cumprir seus objetivos e fins. Procuraremos, com essa abordagem, demonstrar o porquê da falência da pena de prisão no combate à criminalidade e as alternativas que surgiram para o sistema das penas.

Posteriormente, falaremos dos argumentos favoráveis e contrários à legalização das substâncias tóxicas.

Em seguida, entraremos na questão da regulamentação do uso e do tráfico de drogas em nosso país, para, finalmente, apresentarmos nossa singela contribuição à problemática.

1 – O MOVIMENTO DE REFORMA DAS LEIS PENAIS: A BUSCA DE UM DIREITO PENAL MÍNIMO E HUMANITÁRIO

O comércio ilícito de tóxicos constitui um dos setores, talvez o mais transcendente do crime organizado, que se caracteriza, dentre outros aspectos, pela busca contínua de poder, por ganhos cada vez mais elevados e pelo recrutamento de pessoas, em geral adolescentes ou adultos jovens, para atuar nas trincheiras avançadas, executando diretamente a venda das drogas aos consumidores.

Em face deste último aspecto, a Política Criminal, que exerce influência basilar sobre o Direito Penal, com reflexos acentuados na dogmática, tem dirigido sua atenção à procura de meios para proteger os seres mais vulneráveis do corpo social da sedução de buscar na atividade criminosa o atalho para a satisfação de suas necessidades, elementares ou supérfluas.

A solução mais simplista e antiga, que até nos dias atuais costuma estimular a simpatia da coletividade, é o uso da dissuasão pelo endurecimento das san-

* Advogada. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestranda em Direito Penal pela PUC/SP. Professora de Direito Penal das Faculdades Padre Anchieta - Jundiaí/SP. Professora de Direito Penal do curso de Pós-Graduação lato sensu do Instituto de Ensino e Pesquisa de Ciências Jurídicas e Sociais - São Paulo/SP

ções criminais. Assim, sempre que a opinião pública é traumatizada, surgem segmentos advogando a premência de uma reforma das leis penais, cuja suposta brandura seria a principal responsável pela ascensão do número de tais delitos.

Atualmente, ocorre no Brasil o clamor pelo endurecimento das penas, não obstante nosso Código Penal encontrar-se dentre os mais severos do mundo, superado, apenas, pelos que admitem a pena de morte ou a prisão perpétua. No entanto, como sabiamente Cesare Bonesana Beccaria advertiu, há mais de dois séculos, *ramagnifica obra Dos Delitos e Das Penas*, “um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade... A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança da impunidade”¹.

É, portanto, uma ilusão, sobretudo no Brasil, acreditar que o agravamento das reprimendas ou a pena de morte são formas infalíveis para diminuir a criminalidade, pois se não conseguimos nem descobrir a identidade dos responsáveis pelos crimes, que dirá puni-los!

Além disso, as reformulações no sistema punitivo não podem preterir as diretrizes traçadas pelos mais respeitadores especialistas, a partir das constatações a que chegaram sobre a pena de prisão como instrumento básico no combate à criminalidade.

As reflexões dos estudiosos, nestes últimos decênios, conduziram à necessidade de se operar uma reforma, visando a alcançar, acima de tudo, a humanização do Direito Penal. A preocupação central da reforma tem gravitado em torno da função e das finalidades da pena, pois a grande questão é decidir-se o que fazer com o ser humano que, comprovadamente, praticou um ilícito penal.

As investigações criminológicas, de forma quase unânime, concluíram pela baixa eficácia da prisão como resposta principal para a maior parte dos delitos. Apesar disso, a coletividade vem sendo iludida quanto às virtudes das penitenciárias e do próprio Direito Penal.

A grande preocupação do movimento de reforma do Direito Penal baseia-se na busca do tratamento que o Estado e a sociedade devam dar ao delinqüente, em razão da constatada falência da pena de prisão. Hoje, cada vez mais, busca-se alternativas à pena de prisão.

Essa diretriz consubstancia uma das tônicas do movimento denominado Direito Penal Mínimo, que se assenta no caráter subsidiário do Direito Penal, cujos instrumentos têm uma alta capacidade deletéria, razão porque somente devem ser usados para reprimir as infrações normativas mais graves, e quando não forem suficientes outros remédios de natureza civil, administrativa, disciplinar, etc.

Os principais corolários do movimento Direito Penal Mínimo são a *descriminalização* e a *despenalização*.

¹ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins fontes, 2000, p. 91-92.

A *descriminalização*, segundo René Ariel Dotti², consiste em abandonar a incriminação de certas condutas ou fazer com que uma infração perca o seu caráter criminal. Já a *despenalização*, na visão do eminente doutrinador³, consiste no processo legislativo, pelo qual são submetidos determinados fatos ilícitos à jurisdição de outros ramos de direito que não o penal. Esta solução, para ele, é muito aproveitável no quadro dos delitos sem vítimas, dos conflitos familiares e na delinquência juvenil.

No atual estágio da trajetória do Direito Penal, entendo que a busca de alternativas à pena de prisão, nos casos de infrações menos graves, tem maior relevo do que uma *abolitio criminis* massiva, de todo contra-indicada, em face do volume expressivo de condutas ilícitas de marcante caráter danoso.

2 – ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À LEGALIZAÇÃO DAS SUBSTÂNCIAS TÓXICAS

2.1 – O argumento liberal

A favor da legalização do comércio da droga milita, em primeiro lugar, um argumento liberal ou, na sua versão mais radical, um argumento libertário, apoiado na autonomia ética da pessoa humana. Segundo esse argumento, não há razão para compelir alguém a optar por uma vida saudável, uma vez que cada qual é o único guardião da sua saúde moral, física e intelectual. Frequentemente, o argumento liberal recorre ao exemplo do suicídio, que não é criminalmente ilícito, adiantando que o consumo (ou abuso) de droga constituirá, na pior das hipóteses, um suicídio lento.

O argumento liberal, no entanto, só logra demonstrar com consistência a ilegitimidade da punição do consumo, nunca do tráfico de droga. Da afirmação de que cada um é o guardião de si próprio, do seu corpo e da sua saúde não se infere a permissão para uma pessoa intrometer-se na esfera de liberdade de outra, oferecendo-lhe substâncias nocivas que provocam sofrimento em elevado grau.

2.2 - O argumento da igualdade

Para o argumento de igualdade, o legislador não pode criminalizar condutas arbitrariamente (selecionando umas e esquecendo outras tão ou mais graves e censuráveis), já que algumas substâncias comercializadas, como o álcool e o tabaco, são tão nocivas como as proibidas.

Assim, na perspectiva do argumento de igualdade, a punição do consumo e do tráfico de droga contraria o princípio da congruência ou concordância prática entre as ordens axiológicas constitucional e penal, do que deriva uma exigência de

² DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema das penas*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 251.

³ DOTTI, René Ariel. op. cit, p. 266.

igualdade em sentido material: proporcionalidade entre a gravidade do crime (e a censurabilidade do agente) e a severidade da pena.

2.3 – O argumento da ineficácia

O argumento da ineficácia coloca em dúvida a eficácia do exercício do poder punitivo no domínio do consumo e do tráfico de droga. Para esse argumento, apesar da intervenção penal, o consumo de droga não pára de crescer.

Os defensores da “ineficácia” alegam que a proibição favorece o aparecimento de fortíssimas associações criminosas, as quais se infiltram, ao mais alto nível, no aparelho do Estado e chegam a dispor de exércitos privados, graças aos elevados proventos que obtêm. Acrescem tais defensores, que o proibicionismo, pela subida de preços que origina, tem efeitos criminógenos, compelindo os consumidores à prática de crimes como o furto e o roubo. Além disso, a política repressiva inviabiliza o controle da qualidade do produto, cujos efeitos são, por conseguinte, mais nefastos.

2.4 – O argumento do proibicionismo

O argumento da solução proibicionista propõe a comparação entre algo que existe e algo que podemos fazer conjecturas.

Segundo esse argumento, todos ignoramos os resultados de uma legalização do comércio de droga, porque a liberalização nunca foi ensaiada, nem sequer pode ser empreendida, unilateralmente, pelo Estado.

A afirmativa, de que nos países em que o combate ao tráfico e ao consumo de drogas é mais intenso, o consumo aumenta em vez de diminuir, confunde a relação causa e efeito. É exatamente pelo fato do consumo aumentar que o combate ao tráfico e ao consumo recrudescer, e não o contrário.

Sustentam, numa perspectiva prognóstica, que a legalização do comércio e a conseqüente diminuição substancial do preço da droga gerariam um aumento sensível da procura, o que não faria desaparecer os efeitos criminógenos assinalados ao proibicionismo.

Ademais, para o argumento proibicionista, a descriminação do tráfico não solucionaria os graves problemas colocados às sociedades modernas pelas organizações criminosas, pois essas organizações passam a se dedicar a outra atividade quando uma deixa de ser rentável. Assim, a legalização do comércio de droga poderia ter como efeito perverso o incremento do contrabando de armas, do comércio ilegal de órgãos humanos ou do rapto de crianças para prostituição, por exemplo.

3 – A POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA EM RELAÇÃO ÀS DROGAS

Em 28/02/2002, entrou em vigor em nosso ordenamento jurídico a Lei nº 10.409 (nova Lei de Tóxicos). Entretanto, essa lei não substituiu plenamente a Lei nº 6.368/1976 (antiga Lei de Tóxicos), em razão do veto presidencial de todo o seu

capítulo III, que tratava dos crimes e das penas.

A nova Lei de Tóxicos surge em meio à inegável onda liberalizante em relação às chamadas drogas leves, notadamente a maconha. Na Europa, o porte de pequenas quantidades e o consumo de drogas leves são tolerados em países como a Bélgica e a Holanda. Na Grã-Bretanha, na Alemanha, em Portugal, na Itália, na França e na Dinamarca, o porte e o uso de drogas leves são punidos com penas não privativas de liberdade.

Os Estados Unidos, não obstante a tendência mundial, resistem à liberalização das drogas. O Brasil, sob a influência da orientação norte-americana, adota posição contrária à legalização, assim como os demais países da América Latina⁴.

Com a promulgação da Lei nº 10.409/02, perdemos a oportunidade de avançar na direção da educação preventiva e da redução de danos causados pelas drogas, como grande parte dos países da Europa ocidental. Perdemos, ainda, a oportunidade de consolidar a idéia de combate à estigmatização do usuário de drogas, renunciando definitivamente à utilização do Direito Penal como solução de problemas para os quais não foi pensado.

3.1 – O uso de drogas

O crime previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76 (porte para uso próprio), apesar da promulgação da nova Lei de Tóxicos (Lei nº 10.409/02), continua em vigor no ordenamento pátrio.

A dicotomia simplista traficante/usuário adotada pela Lei nº 6.368/76, com o tratamento linear: cadeia para o primeiro e *sursis* para o último não mais reflete a realidade atual. Hoje, exige-se uma resposta penal diferenciada para os diversos personagens que se envolvem, até culposamente, no mundo dos entorpecentes.

A Lei nº 6.368/76, em seu art. 16, ao tratar do porte de droga para uso próprio, prevê uma pena de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos de detenção e multa, o que abre a possibilidade do *sursis* para os primários.

Acredito, porém, que o critério vigente envolve o grave risco de mandar para a prisão o reincidente no porte de drogas para seu próprio uso. Aquele que já sofreu uma condenação, não se deixou sensibilizar com a advertência do *sursis*, e tornou a ser preso pelo mencionado art. 16, revela-se mais um dependente do que um infrator a merecer o cumprimento efetivo da pena privativa da liberdade.

É reconhecido, unanimemente, que a pena privativa de liberdade, mormente nos casos toxicômanos, não leva à cura. Ao contrário, provavelmente agravaria a sua condição de dependente. Se já é discriminado pelo vício, com a prisão, o toxicômano é jogado em perigoso ambiente, envolvendo-se com “professores” do crime, sendo, desta forma, o seu retorno à sociedade ainda mais traumático.

⁴ O Plano Colômbia é prova incontestável de que os países latinos seguem, rigorosamente, os ditames do discurso americano anti-drogas.

Assim, em face da manifesta inconveniência do encarceramento dos usuários dependentes de drogas, emerge a questão que vem ganhando importância: a descriminalização.

Sem aprofundar-me na análise da conveniência ou não da proposta de discriminação, pura e simples, do portador de tóxicos para uso próprio, gostaria de registrar que não estou inteiramente convencida do proveito social decorrente de uma liberação radical, ainda que das denominadas drogas leves, como a maconha.

São inegáveis, em relação à maioria das pessoas, os efeitos nocivos à saúde com a ingestão de drogas, sem falar no comprometimento do desempenho laborativo, fenômeno, aliás, que ocorre com o uso abusivo do álcool e do tabaco. Assim, de forma cada vez mais intensa, o uso abusivo do álcool e do tabaco vem sendo desestimulado e restringido, de acordo, inclusive, com diretrizes internacionais emanadas principalmente da Organização Mundial de Saúde.

Outro aspecto relevante é o da droga como fator criminógeno. Estudos recentes mostraram que cerca de 50% dos apenados confessaram estar sob o efeito de drogas, por ocasião do delito que haviam praticado.

Destarte, parece que a melhor política é evitar o crescimento do número de pessoas que integram em seu cotidiano o consumo de entorpecentes, inclusive os considerados leves. E, nesse sentido, as crianças e os adolescentes devem ser especialmente resguardados, dado à sua maior vulnerabilidade. Essa proteção dos menores acabaria comprometida se eles ficassem expostos ao convívio aberto com usuários de drogas, o que fatalmente ocorreria se adotada a tese da liberação.

Acredito que a melhor alternativa ao usuário, afastada a proposta radical de discriminação pura e simples, seria a previsão de uma das penas alternativas previstas no art. 43 do Código Penal, mesmo nos casos de reincidência, além do tratamento adequado ao dependente.

No entanto, mesmo tendo a nova Lei de Tóxicos nascido no seio de todo o movimento reformista que gira em torno do Direito Penal, nada inovou em relação à penalidade a ser aplicada ao transgressor no caso do crime de porte de drogas para uso próprio, continuando, assim, a ser aplicada a inútil pena privativa de liberdade para esse tipo de delinqüente.

3.2 – O tráfico de drogas

A Lei nº 6.368/76, em seu art. 12, ao prescrever o crime de tráfico de drogas, não estabelece diferenciação, para efeito de pena, entre as diversas condutas dos que participam do tráfico.

Faz-se necessário um tratamento racional e diferenciado aos diversos partícipes da engrenagem das drogas, pois o estabelecimento de escalas penais altas, impede os juízes de adequarem a individualização da pena ao grau de culpabilidade do agente.

Pela rígida dicotomia fixada na Lei nº 6.368/76, o comprador-usuário, muitas vezes menor de 21 (vinte e um) anos e também dependente de tóxicos, é equipara-

do aos traficantes, ficando sujeito a um mínimo de três anos de reclusão, o que impede a concessão do *sursis*. A consequência é que as penitenciárias têm seus espaços ocupados por infratores e por outros tantos que se limitaram a ceder, eventual e gratuitamente, a droga a um amigo usuário.

A nova Lei de Tóxicos, entretanto, seguindo os parâmetros da Lei nº 6.368/76, não previu um tratamento diferenciado aos diversos partícipes do tráfico de drogas, permanecendo, assim, a problemática do encarceramento de infratores eventuais.

Para evitar o perverso encarceramento de pessoas que representem escasso perigo, a legislação de vários países europeus criaram, ainda que em matéria de tráfico, verdadeiros tipos privilegiados, de modo a punir com penas quase simbólicas os casos de venda de drogas leves em pequena quantidade ou os toxicômanos que realizam atos de tráfico para assegurar suas necessidades de consumo. Com isto, também se procura minorar as seqüelas da superpopulação carcerária, que interfere gravemente no desenrolar de uma adequada política penitenciária.

Assim, à luz da experiência estrangeira, poderíamos estabelecer uma diferenciação no tratamento penal dos intitulados traficantes, mantendo a severidade das penas mínimas de prisão para os médios e grandes traficantes – que ficariam impedidos de receber privilégios legais -, e abrindo uma oportunidade para os pequenos traficantes, não-reincidentes.

CONCLUSÃO

Não procuramos com este trabalho esgotar a discussão da problemática atual do combate ao uso e ao tráfico de drogas, já que se trata de questão complexa.

Verificamos, no entanto, que, diante da conjuntura atual, o sistema repressivo é ineficaz no combate às drogas. Enquanto continuarmos a assistir cenas de corrupção envolvendo os que cuidam da repressão, é ilusório, enganador, representativo de uma autoridade punitiva, acreditar-se que o tráfico venha a diminuir.

Nenhuma medida em relação ao tráfico será eficaz enquanto não se pensar a questão do porquê se usa a droga. É muito cômodo, sedutor até, tratar o usuário como uma vítima do traficante, mas não olhar para o fato de que enquanto houver demanda haverá quem venda.

A idéia de tratamento do dependente não é conciliável com a natureza da pena de prisão. Não se vê qual o efeito terapêutico que pode produzir uma pena de prisão sobre uma pessoa que careça, por exemplo, de uma dose diária de heroína. A terapia indicada é, evidentemente, o tratamento ou internação em estabelecimentos especializados. E a atribuição à pena curta de prisão, neste caso, de um significado meramente simbólico não é satisfatória, por comprometer a eficácia global do sistema.

Assim, em meu entender, deve-se manter a incriminação do tráfico de dro-

gas, estabelecendo-se uma diferenciação no tratamento penal dos intitulados traficantes, a fim de que a pena seja individualizada e proporcional à sua conduta. Porém, o consumo de drogas não deve ser reprimido somente com penas de prisão e multa, mas sim por meio de uma sanção mais eficaz, como, por exemplo, penas alternativas aliadas ao tratamento dos usuários dependentes.

BIBLIOGRAFIA

- BARRETO, João de Deus Lacerda Menna. *Lei de Tóxicos: comentários por artigo*. 5 ed. Freitas Bastos Editora, 1996.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BERISTAIN, Antonio. *Pro y contra la legalizacion de las drogas*. Actualidad Penal, Madrid, n 2, p. 1937-1942, 1987.
- CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*. 1 ed. Rio de Janeiro: Luam, 1996.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. tradução da 2 ed. espanhola, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *Tóxicos e descriminalização*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n 6, p. 8, jul/1993.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas*. Separata, Braga, n 250/252, p. 193-209, jul/dez, 1994.
- DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o sistema de penas*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- GONZAGA, João Bernardino. *Entorpecentes: aspectos criminológicos e jurídico-penais*. São Paulo: Max Limonad, 1963.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção – repressão*. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.
- HULSMAN, Louk H. C., RANSBEEK, Hilde van. *Evaluation critique de la politique des drogues*. Déviance et Société, Liège, v 7, n 3, p. 271-280, sept/1983.

- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, 9v.
- KARAM, Maria Lúcia. *Drogas: a irracionalidade da criminalização*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n 45, p. 9-10, ago/1996.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Tóxicos: doutrina, prática, jurisprudência, legislação*. 2 ed. São Paulo: Editora Jalovi Ltda, 1982.
- MOURA, José Souto de. *Droga livre. Sociedade suis.i.d.a?* Revista do Ministério Público, Lisboa, n 43, p. 61-79, jul/set, 1990.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Edição Saraiva, 1962, 4v.
- SANTOS, Lycurgo de Castro. *Tóxicos: o caminho para a descriminalização*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n 22, p. 8, out/1994.
- SILVA, Eugênia Barboza. *Tóxicos: descriminalizá-los é a solução anti-violência?* Boletim IBCCRIM, São Paulo, n 32, p. 7, ago/1995.
- TORON, Alberto Zacharias. *Drogas: repensando os caminhos para o novo milênio*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n 45, p. 8, ago/1996.

O PÓLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Alexandre Barros Castro¹

“ O erro não se torna verdade por se fundir e multiplicar facilmente .Do mesmo modo a verdade não se torna erro pelo fato de ninguém a ver.... nesta era de força brutal, é quase impossível a alguém crer que se possa aceitar a lei segundo ela mesma, pois a força brutal sempre tem a última palavra”

(Mahatma Gandhi)²

1 – Advertência Prévia

No número anterior desta Revista³, tratamos da “*obrigação tributária e a sujeição ativa que nela se opera*”. Na ocasião, fizemos menção ao pólo passivo, mormente aquele que se insere no arquétipo constitucional do imposto sobre a renda. Neste estudo versaremos acerca daquela sujeição, ainda em linhas gerais.

O CTN em seu artigo 121⁴ classifica os sujeitos passivos em duas modalidades:

- a) contribuinte, e
- b) responsável

A sistemática adotada pelo legislador complementar teve sua fonte inspiradora, como vimos, na obra de Rubens Gomes de Sousa.

¹ Graduado em Direito e Administração de Empresas, com especialização em Administração Público-Financeira. Especialista, Mestre e Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP, Professor convidado no curso de Pós Graduação em Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), Professor Titular da cadeira de Direito Tributário da Faculdade de Direito das Faculdades Padre Anchieta de Jundiá (FADIPA), Diretor Secretário Geral da OAB (33ª Subs.), Membro do Conselho Científico da Academia Brasileira de Direito Tributário (ABDT), Presidente do Conselho Comunitário de Jundiá (CONSEG), fundador e vice-presidente da Academia Jundiáense de Letras Jurídicas (AJLJ), escritor, palestrante, parecerista e advogado militante.

² In “ *Gandhi – O apóstolo da não-violência* ” . Cf. Martin Claret, São Paulo: Martin Claret, 1996, p.144.

³ Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta, nº 5, setembro de 2002, pp. 57-64.

⁴ “Art. 121 – *Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária:*

Parágrafo único – O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;
II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei” (In verbis).

A despeito de reconhecermos incontestáveis méritos na doutrina de Rubens a ponto de já a termos, inclusive empregado em estudos anteriores, quando versamos especificamente sobre a processualística tributária⁵, devemos sublinhar que no presente ensaio já não mais podemos nos furtrar a desbastá-la, de modo a desnublar impropriedades ali existentes. Por certo, neste estudo, focado à sujeição passiva tributária que se opera no IR, imprescindível se faz uma análise mais apurada e precisa.

Com efeito, a clássica divisão de Rubens e por conseguinte da Lei nº 5.172/66, quanto à sujeição passiva, merecem atualmente sensíveis reparos, mormente em razão de sua inequívoca natureza financeira.

A orientação normativa teve como raiz a relação econômica direta ou indireta, que o sujeito passivo guarda com o fato jurídico tributário. Esse aspecto pré-legislativo apontando para um sujeito passivo direto, logo afastado da relação, para em seu lugar surgir outro, dito indireto, não se justifica, pois a rigor o momento preciso de início da investigação legislativa começou com a edição da norma e não antes. Assim, na letra apurada de Rubens, a sujeição passiva norteia-se pela relação econômica do ato, fato ou negócio tributário com o agente, vale dizer, quem tira vantagem econômica, constitui-se no “sujeito passivo direto”. Já, quando o Estado por necessidade ou interesse exige o tributo de outra pessoa que não aquela que logra vantagem econômica do fato juridicizado, temos a “sujeição passiva indireta”, que pode assumir duas modalidades: transferência e substituição.⁶

Na substituição de Rubens, a obrigação tributária nasce tendo como sujeito passivo o substituto, i.e., desde sua origem este já aparece no pólo passivo da relação. Recordemos, ainda, que na transferência a obrigação tributária nasce voltada ao sujeito passivo direto, dirigindo-se em virtude de fato posterior ao indireto. A transferência para Rubens pode ser dividida em três figuras distintas: *solidariedade* – situação em que duas ou mais pessoas, estejam simultaneamente obrigadas ante o mesmo dever; *sucessão* – hipótese em que a obrigação transfere-se a outrem em razão do desaparecimento do devedor original; e *responsabilidade* – nos

⁵ *Teoria e Prática do Direito Processual Tributário*. Saraiva: São Paulo, 2ª ed., 2002. pp.84-9.

⁶ “A) *Transferência*: ocorre quando a obrigação tributária, depois de ter surgido contra uma pessoa determinada (que seria o sujeito passivo), entretanto, em virtude de um fato posterior, transfere-se para outra pessoa diferente (que será o sujeito passivo indireto). As hipóteses de transferência, como dissemos são três, a saber:

a) *solidariedade*: é a hipótese em que duas ou mais pessoas sejam simultaneamente obrigadas pela mesma obrigação. No caso de condomínio (imóvel com mais de um proprietário), o Município pode cobrar o imposto predial de qualquer dos proprietários, à sua escolha (...);

b) *sucessão*: é a hipótese em que a obrigação se transfere para outro devedor em virtude do desaparecimento do devedor original; esse desaparecimento pode ser por morte do primeiro devedor (a obrigação se transfere para os herdeiros) ou a venda do imóvel ou estabelecimento tributado (a obrigação se transfere ao comprador);

c) *responsabilidade*: é a hipótese em que a lei tributária responsabiliza outra pessoa pelo pagamento do tributo, quando não seja pago pelo sujeito passivo direto. No imposto Sisa (transmissão de propriedades inter vivos), o tabelião é responsável pelo imposto se não providenciar a sua cobrança no ato de passar a escritura.

B) *Substituição*: ocorre quando, em virtude de uma disposição expressa de lei, a obrigação tributária surge desde logo contra uma pessoa diferente daquela em esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio tributado: nesse caso, é a própria lei que substitui o sujeito passivo direto por outro indireto (...). *Compêndio de legislação tributária*. Edição póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1981, pp., 92-3.

casos em que a lei responsabiliza outra pessoa pelo pagamento do tributo, quando frustrar-se o seu adimplemento junto ao sujeito passivo direto.

Essa doutrina tradicional que irradia seus efeitos por todo o CTN pode ser esquematicamente assim vislumbrada:

- sujeição passiva direta
 - I - contribuinte

- sujeição passiva indireta
 - II - substituição

- III – transferência
 - solidariedade
 - sucessão
 - responsabilidade

Em outro giro, podemos considerar sucintamente que a partir do pensamento de Rubens Gomes de Sousa e da linha prescrita pelo CTN, o sujeito passivo pode assumir a condição de “contribuinte” e de “responsável” dividindo-se este em diversas outras espécies como vimos.

Como afirmamos de passagem por ocasião do estudo que antes empreendemos, acerca das várias escolas atinentes à sujeição passiva tributária, essa linha tradicional de pensamento não mais nos satisfaz.

Nesse sentido, repisamos que nos sentimos inteiramente à vontade para reformularmos nossa posição, assim como o próprio Rubens já o fizera⁷, cientes de que o conhecimento evolui sempre, mais e mais.⁸

Assim, organizaremos nosso raciocínio separando, como já afirmamos, todas essas ocorrências a que nos referimos em contribuintes, substitutos e responsáveis, a fim de bem delimitar-lhes a natureza jurídica, apurando ao final em quais delas efetivamente nos deparamos com hipóteses ou eventos típicos da sujeição tributária passiva.

⁷ Ainda que em linha diversa da que defendemos, Rubens reformulou sua posição original, defendendo a idéia de que por contribuinte temos aquele que cumpre obrigação que lhe é própria, ao passo que o responsável cumpre obrigação alheia: “resumindo, na sistemática do CTN, responsável tanto é o devedor solidário, como o sucessor do devedor, como o obrigado a suprir o inadimplemento do devedor, como finalmente, aquele a quem a lei já designa como devedor da obrigação ainda ‘in fieri’”. *Sujeito passivo das taxas*, RDP nº 16, p. 348.

⁸ “O objetivo último do conhecimento não é dirigir ou refrear pelo medo nem impor obediência, mas ao contrário livrar todo homem da ignorância, ..., seu objetivo não é transformar os homens de seres racionais em bestas ou bonecos, mas capacitá-los a desenvolver corpo e mente, usando a razão sem restrições. Com efeito, o verdadeiro objetivo do conhecimento é a liberdade que propicia”. Baruch de Spinoza. *Tractatus Theologico – Politicus*, 2ª ed. Oxford: Oxford University, Press, 1986, p.33.

2 – Contribuinte

A questão aqui é fundamentalmente saber quem pode ocupar o pólo passivo da obrigação tributária. Antes, no entanto, é de bom tamanho que recordemos o conceito de sujeito ativo dessa relação, por nós já estudado. Com efeito, já vimos o liame jurídico que se estabelece entre os dois pólos (obrigação tributária), restando-nos agora examinar exatamente os ocupantes de tais posições.

O sujeito ativo da obrigação tributária é aquele que por designação legal tem a competência para ocupar o pólo obrigacional, contrapondo-se contra a inequívoca resistência do sujeito passivo, daí advinda. É ele, em síntese, que detém a titularidade para cobrar o tributo, ou a legitimidade para exigir que se cumpram a contento os deveres instrumentais, erroneamente, como vimos, chamados de obrigações acessórias por parte da doutrina tradicional (emissão de notas fiscais, escrituração contábil etc).

O sujeito ativo da relação tributária deve ser entendido não na titularidade da competência para instituir o tributo, mas sim da relação daí advinda. Sujeito ativo é aquele que se faz presente na relação obrigacional de cunho tributário, confrontando-se com eventual negativa do sujeito passivo. A ele pertencerá o direito de exigir o cumprimento da obrigação.

O artigo 121 do CTN fornece os primeiros sinais para a identificação do sujeito passivo tributário.⁹

Nesse diapasão, podemos inferir que os contribuintes são identificados expressa ou implicitamente na Constituição Federal¹⁰. É nela que se desenha todo o

⁹ “Art. 121 – Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único: O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador. II – (omissis)”. Destacamos.

¹⁰ Interessante classificação apresenta Renato Lopes Becho, subdividindo os contribuintes em duas espécies: a) sujeitos passivos constitucionais e b) sujeitos passivos legais. Os primeiros, no entender do professor em apreço são aqueles diretamente identificados no Texto Constitucional, i.e., são aqueles que identificamos diretamente como ~~realizadores do critério material. In: suas figuras típicas~~ *menagem à verificação de que o Direito Tributário só é autônomo na Academia, temos que o sujeito passivo constitucional é aquela pessoa definida pelo Direito Civil, pelo Direito Comercial ou por outro ramo do Direito como realizador ou cumpridor do verbo descrito no critério material da hipótese de incidência dos tributos discriminados na Constituição Federal. Além desses não serão outros, não serão figuras próprias, conceituadas apenas e tão-somente pela e para a legislação tributária, dissociada de outras leis.*

Não fosse assim, poderíamos afirmar que o Direito Tributário trabalha sobre uma positividade peculiar, própria. Ou, ainda, que o “sistema tributário positivado” não se comunica com o “sistema geral de direito positivo”, ombreando-lhe com independência.

Em nossa classificação reforça o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da segurança jurídica. Traz mais segurança porque permite ao verdadeiro contribuinte, o sujeito passivo constitucional, identificar essa sua situação jurídica diretamente na Carta Magna. Também traz segurança jurídica ao sujeito ativo, que não terá dúvida sobre quem será obrigado a recolher o tributo. Da mesma forma no campo legislativo essa classificação é útil, já que limita a produção legislativa que, sem ter muitas opções de escolha do sujeito passivo, não sofrerá os riscos da impugnação judicial. Enfim, ganha a sociedade, pela estabilidade que traz a seus membros e a suas instituições.

A identificação do sujeito passivo constitucional é um mero desdobramento das normas constitucionais que veiculam competências tributárias impositivas. A Constituição rígida deve ser fundamentalmente sintética, não podendo (para nós, não devendo) “descer a pomenores, a assuntos tidos como de menor relevo, ou que devem constituir apenas desdobramentos de normas e

princípios constitucionais”. Como desdobramento da competência para poder impor os tributos arrolados na Constituição, veiculada por meio da distribuição de materialidades, é que extraímos os sujeitos passivos constitucionais. Por via mais direta, o que estamos propondo é que o constituinte não precisava (e pela técnica constitucional nem deveria) estipular na Constituição quem são os contribuintes dos tributos arrolados, nem mesmo os contribuintes básicos, evidentes. Bastou ele (o constituinte) ter declarado a materialidade desses tributos, que um certo grupo de “contribuintes” estará constitucionalmente fixado”. BECHO, Renato Lopes. *Sujeição Passiva e Responsabilidade Tributária*. São Paulo: Dialética, 2000, pp. 88-9.

Já os “sujeitos passivos legais”, na original classificação daquele doutrinador, como já mencionado, são aqueles apontados pelo legislador infraconstitucional, observando-se a capacidade contributiva, os limites impostos pelas presunções e ficções jurídicas, já por nós estudadas e que no fato jurídico tributário, não possa ser identificado o sujeito passivo constitucional. Op. cit. pp. 90-7

Inegáveis méritos devem ser imputados à classificação proposta, não só por desconhecermos outras que a ela se assemelhem, mas sobretudo pela utilidade prática que em si traz. Nesse sentido, veja-se obra citada, pp. 97-109.

Em que pese, reiteramos, o mérito da ímpar classificação proposta, razão pela qual lhe fazemos menção, não a adotaremos, basicamente por dois motivos. Um de ordem formal, outro de natureza prática.

Com efeito, o presente trabalho não tem por escopo esmiuçar a sujeição passiva com um todo, mas sim às particularidades que envolvem à chamada “substituição tributária” e mais especificamente, ainda, a que supostamente se opera no IR. Essa a razão quanto à forma que se quer empreender neste ensaio. A segunda motivação é que quanto ao IR, *data venia*, não conseguimos vislumbrar a utilidade de tal proposição classificatória. Explica-se.

Ainda que não tenhamos apurado qualquer atecnia na aludida divisão da figura do “contribuinte”, não enxergamos como tal inovadora corrente seja útil (aliás aqui também pactuamos com Becho, quando afirma que “as classificações não são certas ou erradas, mas úteis, ou inúteis”, op. cit. p.97) quanto ao imposto, objeto de nossas atuais elucbrações. Com efeito, a CF, em seu artigo 153, III outorga competência à União para instituir imposto sobre “renda e proventos de qualquer natureza”. Diferentemente do que se passa, por exemplo, com o IPTU, onde facilmente é identificado o proprietário como contribuinte (CF, art. 156), entendendo-se a sujeição passiva, por força do artigo 34 do CTN (“Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título”) ao possuidor ou titular do domínio útil; ou, do que se observa por ocasião do IPI, onde por força da CF, artigo 153 (“Compete à União instituir imposto sobre ... IV – produtos industrializados”) o sujeito passivo só pode ser o industrial, alargando-se tal sujeição aos equiparados a aquele, ao importador e assemelhados etc (CTN, art 51 – “Contribuinte do imposto é: I – o importador ou quem a lei a ele equiparar; II – o industrial ou quem a lei a ele equiparar; III – o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os forneça aos contribuintes definidos no inciso anterior; IV – o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, levados a leilão. Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se contribuinte autônomo qualquer estabelecimento de importador, industrial, comerciante ou arrematante”); no IR praticamente todo o aspecto da sujeição passiva é apontado na legislação infraconstitucional. Assim, é o artigo 43 do CTN que aponta como contribuinte do IR, a pessoa física ou jurídica de disponibilidade econômica, o possuidor de qualquer título, dos bens produtores e renda ou dos proventos tributários, bem como o RIR em suas várias edições que prescreveu que pessoas individuais equiparam-se às pessoas jurídicas, alargando sobremaneira os contornos constitucionais. Ora no IR tal alargamento é de tal monta que a sujeição passiva constitucional resulta totalmente desfigurada, o que por certo se não invalida a classificação em comento, por certo limita-a profundamente, resultando, ao menos quanto ao IR, sob nossa ótica, sem grande utilidade de ordem prática. Suscitar critério de “aproximação jurídica” ainda que pareça explicar tal ampliação dos perímetros constitucionais não nos parece, *data venia*, critério jurídico válido, nele ao que parece prevalece a subjetividade quanto a tal acercamento, o que a rigor não pode ser testado pelos critérios de admissibilidade da lógica jurídica. Como cediço, há que se separar o plano da casualidade natural, relativa à observação da natureza (da realidade fática) do plano da causalidade jurídica, própria dos fenômenos jurídico-normativos. Nessa distinção reforçam-se as diferenças entre a lógica deontica, do “dever-ser” com linguagem prescritiva e a lógica alética, do “ser”, com linguagem descritiva.

Ora a referida “aproximação jurídica”, ainda que represente observação da realidade jurídica, não a explica, nem mesmo como fator primário de opção legislativa; vale dizer, não explica o antes nem o depois, apenas expõe o que se vê “a olho nu”, sem que para tanto, necessite-se de qualquer “lupa doutrinária” a desvendar-lhe a real dimensão. Acreditamos que as classificações jurídicas quando estruturadas em sólidas bases doutrinárias, como a referida, prestam-se a desnudar a verdadeira natureza jurídica dos institutos focados, as demais nem mesmo a isto se prestam. Pois bem, a aludida classificação, não nos transparece lograr êxito em apontar a natureza jurídica quanto à sujeição do IR, não nos parecendo, repisamos com fortes tintas, que ao menos para esse imposto tenha grande utilidade prática, o que não negamos possa existir quanto a outros tipos tributários.

Demais a mais, ainda que respeitando a observação formulada, quanto a nomenclatura que se empregou “sujeitos passivos constitucionais”(op. cit. p. 85), parece-nos que tal designação mereceria, nesse particular, pequeno reparo, na medida em que separa o inseparável, vez que ambos os tipos, “sujeitos passivos constitucionais” e os “sujeitos passivos legais” são por certo constitucionais, não se processando aqueles em arrepio a estes, por óbvia vedação sistêmica.

Feito este apanhado, ainda que vislumbrando méritos à original proposição enfocada, deixamos de aplicá-la, sem no entanto, olvidarmos de registrar os méritos que se lhe apresentam.

arquétipo exacional, cabendo ao legislador infra-constitucional, respeitando aqueles contornos, complementar o tipo tributário (Princípio da Tipicidade Cerrada).

Grife-se ante a importância: complementar, não alterar. O desenho empreendido pelo constituinte não pode ser alterado pelo legislador infraconstitucional, sob pena de inconteste violação ao sistema jurídico vigente.

É de capitular valia asseverar que o contribuinte, como sabemos, é o único sujeito de direito que pode ser identificado no aspecto pessoal da regra-matriz de incidência, a partir do reconhecimento de sua riqueza pessoal descrita no aspecto material do antecedente da norma impositiva. Desse modo, é lícito inferir que a identificação do contribuinte é de relativa facilidade, não merecendo maiores esforços.

Insta ressaltar, uma vez mais, que o critério utilizado para definir o contribuinte é exclusivamente jurídico, o que por óbvio faz-nos rechaçar por inteiro as expressões “contribuintes de fato” e “contribuinte de direito”, na medida em que tal sujeição decorre de um conceito jurídico, claramente limitado, dentre outros pelo Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva.

Em resumo, não há que se falar em “espécies de contribuintes”, mas apenas e tão-somente em “contribuinte”.

Em definitivas linhas, cabe arrematar reafirmando que o único titular da relação jurídico-tributária é o contribuinte.

3 – *Substituto*

Pensamos que a despeito de estar sedimentada nossa linha de pensamento acerca da substituição tributária, necessário se faz um retorno ao tema a fim de solidificar ainda mais nossa posição.

A substituição tributária, como vimos, tem um perfil claramente pré-legislativo, constituindo-se em material a ser talhado politicamente.

É preciso dizermos, nesse enfoque, que o instituto da substituição desfruta de imensa utilidade no Brasil de hoje, sendo cada vez mais empregado pelas autoridades fazendárias, ante a utilidade que carrega quanto à fiscalização e arrecadação de tributos. A despeito de tal inconteste realidade, não menos verdade se nos apresentam, as dúvidas que traz, resultantes da grande praticidade que de lado tem e de outro, da inequívoca limitação que deve observar, de modo a não impor gravame tributário, a quem de fato não deva suportá-lo.

A partir dessas considerações, de maior relevância, contudo, é apurar qual é afinal a natureza jurídica da substituição tributária. Se como dissemos, a norma em questão não tem natureza tributária, só nos cabe indagar: qual afinal é a natureza jurídica do comando normativo que trata da substituição tributária?

A resposta, em nosso pensar, é apenas uma – trata-se de norma cuja natureza é meramente administrativa. Esse é seu núcleo central, pois sua real dimen-

são e importância de certo é agilizar uma segura e eficiente fiscalização, arrecadação e disponibilização dos recursos fiscais. Nesses termos, resta claro que o substituto em verdade, é mero agente arrecadador. A corroborar esta assertiva, basicamente podemos oferecer duas considerações:

a-) a existência de limites constitucionais e infraconstitucionais que vedam a exigência imposta ao substituto de entregar dinheiro atinente à tributação antes de que o tenha efetivamente recebido do contribuinte;

b-) no mesmo diapasão, clara proibição a que entregue o substituto aos cofres públicos, dinheiro daquela natureza, sem que o tenha retirado do contribuinte.

Ambas as situações, “receber” ou “retirar” configuram evidente materialização da garantia constitucional que veda o confisco. Melhor explicando, impor que se destaque parte do patrimônio a ser repassado ao Fisco, sem que seja possível ao substituto ter previamente aquele importe, resulta iniludível lesão condenável sobre todos os aspectos. De fato, não é o substituto que é o titular da riqueza a ser tributada, não é dele que deve ser indagada a existência ou não de capacidade contributiva, i.e., em suma, ele não é o contribuinte que o disciplinamento permite seja alcançado, de modo a ter parte de sua riqueza destacada em proveito dos cofres públicos e em última instância, em atenção ao interesse público.

Cabe reprimir, pouco importa se o substituto tem riqueza própria suficiente para honrar o compromisso fiscal. De certo, não é essa riqueza que se quer abarcar, mas a do verdadeiro e único contribuinte. Do mesmo modo, despiendo é deitar tintas no sentido de sublinhar que tampouco importa a constatação da capacidade contributiva pertinente ao substituto, pelas mesmas razões. Supor o contrário, ou seja, ventilar a possibilidade de que o substituto possa vir a destacar parte de seu patrimônio para saldar obrigação do contribuinte, resulta em última linha, em verdadeiro confisco, rechaçado por nossa sistemática.

Traçando paralelo entre a figura do contribuinte e do substituto, podemos concluir pela existência de duas relações jurídicas, claramente distintas. Uma a que envolve o primeiro e o Estado, de cunho jurídico-tributário, ainda quando o Estado seja representado a grosso modo pelo substituto, enquanto elemento de arrecadação do montante a ser transferido aos cofres públicos. Outra relação é a que deriva da vinculação do substituto com o Estado, no que tange ao repasse do importe por ele arrecadado junto ao verdadeiro contribuinte, de natureza administrativo-fiscal.

Esquemáticamente, assim podemos representar as relações jurídicas de que tratamos:

- contribuinte ® Estado – natureza tributária
- substituto ® Estado – natureza administrativo-fiscal.

A inequívoca facilidade que o instituto da substituição traz consigo, acabou por desenvolver entre nós a “sujeição tributária antecipada” ou “para frente”, questão ainda bastante debatida por nossa doutrina de tomo. Nesse sentido e por essa

razão a abordaremos em apartado, visando com isso uma melhor metodologia a ser aplicada. Da mesma forma, o faremos com a chamada “tributação na fonte”, sistemática largamente usada em nosso ordenamento, mormente quanto ao IR, objeto deste estudo.

Convém pontificar, em derradeiro apanhado que enxergamos apenas e tão-somente no contribuinte, o verdadeiro “sujeito passivo tributário”, passível de identificação no aspecto pessoal da norma-matriz, ou seja, apenas ele tem tal matiz decorrente de comando de natureza tributária, visto que, em verdade, seu espectro é de natureza diversa, vale dizer, sua vinculação como o Estado é de cunho administrativo-fiscal.

Resta agora, debater-nos com a questão da responsabilidade tributária perseguindo-lhe a real natureza jurídica e superando cada um dos momentos em que o legislador dela tratou. É o que faremos na seqüência.

4 – Responsável tributário

Assevera com propriedade Paulo de Barros Carvalho:

“O eixo temático da responsabilidade tributária tem-se mostrado, na experiência brasileira, um terreno sobremodo fecundo para o surgimento de dúvidas e imprecisões de todos os tratamentos. Além das dificuldades de ordem sintática e semântica que o texto desde logo suscita, a pragmática da comunicação jurídica vem desenvolvendo usos sempre diversos que, ao invés de concorrerem para o esclarecimento das questões existentes, têm trazido crescentes embaraços ao entendimento da matéria”.¹¹

Na sistemática do CTN, a responsabilidade tributária vem disciplinada nos artigos 128 *usque* 138.

O artigo 121 oferece-nos uma definição de responsável, contendo autêntica disposição de natureza geral, indicando ser este o que não tem relação direta e pessoal com o fato jurídico tributário da obrigação tributária, mas que se sujeita à exigência do tributo, por força de dispositivo legal, vale dizer, é aquele que não o contribuinte, sobre o qual recai, por força de lei, a transferência total ou parcial, da obrigação de pagar tributo.

Dessa forma, a responsabilidade tributária está ligada mais de perto a dois princípios: ao da Legalidade, pois aquela derivação impositiva decorre da lei e ao da Capacidade Contributiva, pelo qual o tributo deve respeitar a capacidade que tem o sujeito passivo de suportar o ônus daquela exação.

Em síntese, o legislador complementar, da Lei nº 5.172/66, fala em três espécies de “responsabilidade”: a dos “sucessores” a de “terceiros” e a por “infrações”.

¹¹ *Direito Tributário ... cit. pp. 156-7.*

Por opção didática, vejamos cada uma destas “modalidades de responsabilidade” e suas especificidades na ótica do CTN, para depois de tal relato, minudenciá-las sob nosso enfoque pessoal.

4.1. – Responsabilidade dos sucessores

Nos moldes em que está inserida na Lei nº 5.172/66, a sucessão opera a rigor uma alteração no plano da obrigação tributária, na medida em que acarreta um deslocamento do pólo passivo; a obrigação deriva para um novo devedor, herdeiros ou sucessores, devido ao desaparecimento do devedor originário.

Registre-se, por amor a precisão lingüística que a bem da ciência, deve imperar, que no artigo 129 do CTN¹², há colocação de iniludível obviedade, ressaltando-se ali que a responsabilidade em questão se refere aos créditos fiscais definitivamente constituídos até a data dos atos mencionados nos artigos que se seguem (art. 130 a 133) e aos que venham a se constituir, desde que ocorridos os fatos jurídicos tributários respectivos.

A responsabilidade dos sucessores, ainda segundo a sistemática do legislador complementar divide-se em três subespécies: mobiliária, pessoal e comercial. ~~Vejamos cada uma a~~ *deper se.*

4.1.1 – Responsabilidade imobiliária

Inserida no artigo 130, da Lei nº 5.172/66¹³, diz respeito ao tributo cujo fato jurídico tributário seja a propriedade, domínio útil ou posse de bens imóveis, passando o adquirente a responsável pelas obrigações do transmitente.

A partir desse comando, portanto os tributos, ditos imobiliários, as taxas pela prestação de serviços atinentes a esses bens e as contribuições de melhoria que tenham sido impostas ao imóvel, acompanham-no, sendo de responsabilidade do adquirente.

Em síntese, o que prescreve o legislador do CTN é que não havendo prova acerca da quitação dos tributos devidos pelo contribuinte que aliena seu bem (pro-

¹² “Art. 129 – O Disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e os constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data”. (In verbis)

¹³ “Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sob o respectivo preço”. (In verbis).

priedade, posse ou domínio útil) até a data da sucessão, dar-se-á a sub-rogação, vale dizer, o adquirente passará a responder sozinho pelo crédito ou créditos pertinentes. Há nesse sentido, a exclusão da responsabilidade do contribuinte perante a Fazenda Pública, ocupando doravante o seu posto, o sucessor.

Pois bem, aqui o que se observa é que o responsável não participa da relação jurídico-tributária. Sua participação opera-se num momento posterior, e não num primeiro instante, quando da elaboração legislativa.

O responsável do artigo em apreço não se vislumbra na citação inicial do legislador, i.e., não se reconhece sua vinculação com o aspecto material descrito na hipótese de incidência.

Consoante, nossa visão, filiamo-nos à proposição de Paulo de Barros Carvalho¹⁴, segundo o qual a responsabilidade em questão configura verdadeira garantia fiduciária atinente ao crédito tributário, não havendo como afirmar que o responsável tenha ocupado o pólo passivo da relação tributária antes do nascimento do crédito correspondente.

4.1.2 – Responsabilidade pessoal

Inserida no CTN, especificamente no artigo 131¹⁵, abrange três possibilidades:

a) responsabilidade do adquirente e do remitente, prevista no inciso I do aludido artigo, que estabelece a responsabilidade destes pelos tributos relativos aos respectivos bens adquiridos ou remidos;

b) responsabilidade do sucessor e do cônjuge meeiro, em que o sucessor a qualquer título, herdeiro ou legatário e o cônjuge supérstite meeiro são pessoalmente responsáveis pelos tributos deixados pelo *de cuius* até a data da partilha ou adjudicação, sendo esta responsabilidade limitada a quota parte do legado ou na metade do cônjuge;

c) responsabilidade do espólio, que responde pelos tributos devidos pelo *de cuius* até a data da abertura da sucessão. Interessante observar que, uma vez mais, não coadunamos com a linguagem usada pelo legislador tributário, pois não vislumbramos qualquer pessoalidade no espólio, não havendo, em rigor, condições técnicas para que possamos admitir ser o espólio pessoalmente responsável; essa universalidade não possui qualquer atributo típico da *persona*.

Assim, por força dos incisos I e II do art. 131 do CTN, os tributos devidos até

¹⁴ *Curso de Direito Tributário*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. cit. pp. 192 e ss.

¹⁵ "Artigo 131 – São pessoalmente responsáveis:

I – o adquirente ou remitente, pelo tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos;

II – o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos derivados pelo 'de cuius' até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão, do legado ou da meação;

III – o espólio, pelos tributos devidos pelo 'de cuius' até a data da abertura da sucessão". (In verbis).

a data da partilha ou adjudicação são de responsabilidade do espólio; a partir daí, a responsabilidade pelo pagamento dos tributos gerado antes do falecimento do *de cuius* e dos que se geraram depois, até a sucessão hereditária, passa a ser do cônjuge meeiro, dos herdeiros e dos legatários.

Na prática forense, isso implica que os tributos referentes ao interstício entre a data de falecimento do *de cuius* e a abertura do inventário são de responsabilidade do espólio, devendo ser saldados antes da efetiva partilha ou adjudicação do patrimônio. Sobre o quinhão a que cada um dos herdeiros fizer jus, abatidos esses, incidirão os demais tributos, quais sejam os devidos até a data em que se deu o óbito.

Há que se impor claro limite temporal à prescrição normativa do art. 131 da Lei 5.172/66. Com efeito, caberá ao espólio enquanto complexo de direitos e deveres, *universitas rerum*, arcar com o pagamento de todos os tributos devidos pelo *de cuius* até o evento do infortúnio. De sorte, que por óbvio, as obrigações tributárias que surjam após o falecimento, corresponderão a compromissos não do *de cuius*, mas sim do próprio espólio. Haverá sucessão, portanto na obrigação tributária não extinta.

Da mesma forma do que afirmamos por ocasião da “responsabilidade imobiliária”, artigo precedente ao em comento, o que se observa aqui é uma clara sub-rogação subjetiva de direitos e deveres do contribuinte para com o responsável, onde a responsabilidade emana de uma norma primária de natureza igualmente não-tributária.

Em resumo, tampouco vislumbramos na responsabilidade do artigo 131, natureza tributária, visto que os sujeitos passivos ali eleitos pelo legislador, ainda que notadamente estranhos à materialidade da regra-matriz de incidência e portanto a ela ligados mesmo que indiretamente, advêm de um momento posterior ao nascimento do crédito, em igual sentido do que se sucede no artigo 130, por nós há pouco minudenciado.

4.1.3 – Responsabilidade na sucessão comercial

Segundo o artigo 132 do CTN¹⁶, a pessoa jurídica que for oriunda de fusão¹⁷,

¹⁶ “Artigo 132 – A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data de ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual”. (In verbis).

¹⁷ A despeito de ser um conceito amplamente dominado, parece-nos de bom alvitre que o recordemos, notadamente por ser próprio do Direito Comercial. Assim, podemos, a grosso modo, dizer que “fusão” corresponde à união de duas ou mais pessoas, formando uma nova, distinta de ambas, resultando de tal agregação um só corpo ou sociedade.

transformação¹⁸ ou incorporação¹⁹ de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato, depois das referidas operações comerciais.

Dessa forma, ocorrendo o extinção ou dissolução da pessoa jurídica, o continuador (ex-sócio ou espólio de ex-sócio) será responsável pelos tributos devidos pela sociedade originária, desde que continue a exploração da mesma atividade econômica, sob a mesma razão social ou sob firma individual.²⁰

Já o artigo 133 do CTN²¹, por seu turno, consagra a responsabilidade do adquirente de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, estabelecendo responsabilidade integral se o alienante cessar a exploração do comércio, atividade ou indústria, ou responsabilidade subsidiária na hipótese de continuidade da exploração dessa atividade pelo alienante.

O comando do artigo 132 do CTN não passa de uma sub-rogação subjetiva de todos os direitos e deveres atinente às pessoas jurídicas, muito guardando de similaridade com o disposto no artigo 131 da lei complementar. Com efeito, os acenos de proximidades são intensos, aquele tratando especificamente das pessoas físicas, e este, o artigo 132, das jurídicas.

Por tudo que outrora já expusemos, reiteramos ser vazio de todo mérito, entendimento que na responsabilidade da sucessão comercial, ora enfocada, anteveja natureza tributária.

Em reforço do que já expusemos, a norma em apreço constitui-se em verdadeira disposição não-tributária por apontar para os eventos que descreve, sujeitos passivos apenas e tão-somente próximos àqueles acontecimentos.

4.2 – Responsabilidade de terceiros

Quanto à responsabilidade tributária imposta a terceiros, no dizer do CTN, o legislador cometeu grave impropriedade. Com efeito, todas as hipóteses de responsável tributário, que estamos analisando, dizem respeito a terceiros, originalmente

¹⁸ Da mesma forma, a transformação é um conceito próprio da seara comercial, correspondendo à mudança das características da pessoa jurídica anteriormente existente.

¹⁹ Igualmente pertinente ao Direito Comercial, a incorporação indica a operação pela qual uma ou mais sociedades empresariais são absorvidas por outra, que em decorrência as sucede em obrigações e direitos. Em síntese, é a incorporação verdadeira "fagocitose jurídica" pela qual uma sociedade comercial absorve outra ou outras companhias.

²⁰ Para maiores aprofundamentos sobre a temática em questão, remetemos o leitor à Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, especificamente ao disciplinado pelos artigos 206 e seguintes que tratam da dissolução, liquidação e extinção das sociedades anônimas e aos artigos 220 e seguintes que versam acerca da transformação, incorporação, fusão e cisão.

²¹ "Artigo 133 – A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou norma individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:

I – integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II – subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão". (In verbis).

estranhos à relação Fazenda-contribuinte. Assim, a Lei nº 5.172/66 nos artigos 134 e 135²², dá a entender que tais casos são de terceiros responsáveis. É de se questionar: se estes o são, o que eram os demais?

Em verdade, os artigos em apreço referem-se a pessoas que em razão de atos ou omissões passam a figurar no pólo passivo da exação tributária, assumindo a responsabilidade de seu cumprimento. Os preceitos 134 e 135 do CTN contemplam situações em que o dever de pagar o tributo passa a ser de terceira pessoa alheia ao vínculo tributário originário.

Importante, segundo a doutrina de tomo, que o nexo de causalidade seja claro, i.e., a responsabilidade por atos ou omissões tenha decorrido do não cumprimento de obrigação tributária.

Nesse diapasão, podemos subdividir tais possibilidade em dois grandes grupos, um diretamente afeto ao comando do artigo 134 (responsabilidade que decorra de intervenção ou omissão) e outro, ao do 135 (responsabilidade pessoal advinda de excesso de poderes ou infração à lei). Ainda que de forma superficial, vejamos cada uma destas hipóteses legais de *per se*.

4.2.1 – Responsabilidade em razão de intervenção ou omissão

O artigo 134 do CTN apresenta uma série de pessoas solidariamente responsáveis pelos atos de que participaram ou pelo resultado das omissões a que deram causa.

Para que tal responsabilidade possa ocorrer, não basta o simples inadimplemento da obrigação tributária; há a necessidade também de que terceiro interfira, por ação ou omissão, no descumprimento. Em síntese, são necessários dois elementos: a impossibilidade do contribuinte honrar sua obrigação e a co-

²² “Artigo 134 – Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis ;

I – os pais, pelo tributos devidos por seus filhos menores;

II – os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III – os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV – o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V – o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI – os tabeliões, escrivões e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão de seu ofício;

VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidade, às de caráter monetário”. (In verbis).

“Artigo 135 – São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoa jurídica de direito privado”(In verbis).

participação de terceiro nos atos ou omissões que resultarem no não pagamento do tributo.

A doutrina de renome cita como exemplo, o tabelião que está obrigado a recolher o imposto de transmissão imobiliária, tendo o direito, é claro, de reter o valor a ser repassado ao Fisco ao descontá-lo do beneficiário. Se não o reter, ou se o fizer, mas não repassar ao Erário Público, será responsável pelo seu descumprimento, ante o prejuízo que sua omissão ocasionou.

Diferentemente dos casos anteriores, atinentes à responsabilidade, aqui não se trata de uma sub-rogação subjetiva de natureza administrativa-fiscal e sim de norma com matiz claramente sancionatório.

O timbre punitivo é cristalino escondendo-se, como bem ressalva Paulo de Barros “*sob o manto jurídico, da solidariedade, a providência sancionatória*”.²³

Aliás, o comando normativo em apreço não deixa margem à dúvidas quanto a essa vertente punitiva, claramente exposta já desde o seu *caput* – “... nos atos em que *intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis*”.

Assim, claramente aqui nos deparamos com norma punitiva administrativo-fiscal, cujo mecanismo impõe ao responsável o cuidado, a observância enfim ao cumprimento do dever que lhe compete, ou seja, sua intervenção visa zelar pela satisfação da obrigação tributária, sob pena de em assim não ocorrendo, o *animus puniendi* do legislador revelar-se com todo o seu vigor, alcançando-o por meio de solidariedade.

Corroborá inteiramente este nosso pensar, o disposto no parágrafo único do artigo 134, onde diferentemente do que se evidencia com os dispositivos anteriores, o legislador trata expressamente da penalidade, prescrevendo que aos responsáveis só se transferirão as penalidades de caráter moratório, o que reforça o cunho sancionatório a que nos referimos.

4.2.2. – Responsabilidade pessoal por excesso de poder ou decorrente de infração legal

Confrontando o disposto no artigo 135 do CTN com o preceito imediatamente anterior, além do ali explicitado, é necessário que terceiro tenha praticado atos com excesso de poder ou com infração da lei, dos estatutos ou do contrato social.²⁴

²³ Idem, p. 196.

²⁴ Inúmeras são as decisões da Receita Federal e os julgados de nossa Justiça acerca do tema “responsabilidade tributária”, vejamos algumas a fim de alicerçar ainda mais o asseverado: “*Responsabilidade tributária do contabilista. Improcedência... o sujeito passivo da obrigação tributária é o contribuinte, não podendo ele, para eximir-se da obrigação, atribuir a outrem o seu descumprimento. Acaso tenha sofrido prejuízo decorrente de responsabilidade de terceiros poderá, querendo, pretender a reparação através de procedimento próprio*” (TRF, 5ª T., AC 94.587-SP, Rel. Min. Geraldo Sobral, DOU de 15-5-1989, p. 7937).

Nesta hipótese legal, não existe a solidariedade do artigo 134, sendo o terceiro pessoalmente responsabilizado, inclusive com as acréscimos punitivos, e outros consectários legais, tais como, por exemplo, a mora decorrente do transcurso do tempo além do prazo previsto em lei para o adimplemento obrigacional.

Em arremate com largas pinceladas, o que fica claro é que por força do disposto no artigo 135 em comento, o terceiro que dolosamente contraria a lei, o mandato, o contrato social ou o estatuto, dos quais decorrem suas obrigações, passa a ocupar o lugar do contribuinte, como único responsável pelos tributos que sua infração ocasionar.

"Ocorre a sucessão de empresas quando a pessoa jurídica adquire de outra o fundo de comércio, como tal compreendidos a instalação, imóvel, utensílios, mercadorias e tudo o que for empregado na exploração do negócio. A razão social parecida e a mesma localização, isoladamente, sem outros elementos probatórios, são desinfluentes para caracterizar a sucessão empresarial, acarretadora da responsabilidade tributária" (TRF, AC 92.01.12.421-0-MG, Rel. Juiz Fernando Gonçalves, DJ de 3-9-1992).

"Os serventários de justiça respondem solidariamente pelos tributos sobre atos praticados pelos contribuintes, em razão do seu ofício, a teor do disposto no artigo 134, inciso VI, do Código Tributário Nacional" (TACRJ, ac. un. da 6ª Câm., reg. em 3-3-1990, Ag. 135/89, Rel. Juiz Mauro Fonseca Pinto Nogueira).

"Constatada a inexistência da declaração de rendimentos apresentada pela sociedade em extinção, esta declaração está sujeita a revisão até o decurso do prazo decadencial previsto no artigo 173 do Código Tributário Nacional e a sociedade, ainda que extinta, continua sujeito passivo da obrigação tributária, ainda que a responsabilidade pelo recolhimento dos tributos seja de terceiros, especificados pelo mesmo Código Tributário Nacional" (Ac. 102-26.982, Rel. Cons. Kazuki Shiobara, DOU de 5-10-1992, p. 13987).

"A pessoa jurídica que absorver, em virtude de incorporação, ou de fusão ou cisão, patrimônio de outra sociedade obrigada a efetuar antecipação do imposto, nos termos do Decreto-Lei n. 2.354/87, sucede a esta na obrigação de pagar antecipações e duodécimos" (Ac. 105-10.604, Rel. Cons. Afonso Celso Mattos Lourenço, DOU de 11-12-1996, p. 26687).

"O Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) é exigível do banco operador, quando este deixa de proceder a sua cobrança do tomador da divisa e o seu recolhimento aos cofres públicos, na ocasião da liquidação do câmbio" (Ac. 202-4.270, DOU de 4-10-1991).

"Empresa que incorpora outra é responsável pelos tributos devidos pela empresa incorporada, até a data do ato da incorporação. Se em fiscalização posterior ao ato da incorporação, é verificado que a empresa incorporada deixara de recolher, no todo ou em parte, o imposto sobre produtos industrializados por ela devido, a empresa incorporadora, além do tributo é também responsável pela penalidade de lançamento de ofício (Art. 364 do Regulamento do IPI de 1982 (R1P1182))" (Ac. 201-65.526, Rel. Cons. Lino de Azevedo Mesquita, DOU de 17-11-1994).

Igualmente são os posicionamentos do Erário Público, pelo que se depreende da edição de diversos pareceres normativos que corroboram o que aludimos. Vejamos alguns à guisa de exemplo:

Parecer Normativo CST n. 02, de 5-1-1972: "Responsabilidade tributária por sucessão (art. 133 do CTN). Não sendo a locação meio hábil à aquisição de bens, a pessoa natural ou jurídica que figurar como locatária de máquinas ou mesmo de estabelecimento comercial ou fundo de comércio não se sub-roga nas obrigações tributárias do locador, ainda que, em decorrência da inatividade deste, sua clientela passe a ser atendida pela locatária" (DOU de 17-3-1972).

Parecer Normativo CST n. 68, de 23-9-1977: "Incide imposto de renda previsto no Decreto-Lei n. 1.510/76 quando alienação de participação societária por espólio, exceto quando a transferência da propriedade se dá por 'mortis causa'. Por presunção legal, à alienação de participação societária vinculam-se as aquisições ou subscrição mais recentes. As bonificações são consideradas como adquiridas nas datas das participações que lhes deram origem e são computadas a custo zero. Para as pessoas físicas a diferença entre o valor de custo corrigido e o valor original constitui rendimento não tributável.

Os contribuintes que no ano base de 1977 tenham obtido resultado positivo na alienação de participações societárias, nos termos previstos no Decreto-Lei n. 1.570/76, e que devam apresentar declaração no próprio exercício de 1977, devem utilizar o formulário azul, modelo completo (MCT); no caso pela alíquota única a indicação deve constar neste formulário" (DOU de 30-9-1977).

Parecer Normativo CST n. 09, de 7-8-1992: "Após a promulgação da Lei n. 8.383 de 1991, continua em pleno vigor a legislação aplicável aos casos de incorporação, fusão e cisão das pessoas jurídicas, devendo a empresa recolher, nos prazos normais, os tributos relativos aos meses-calendários ou semestres vencidos, e até o décimo dia subsequente ao da ocorrência do evento os tributos relativos ao período encerrado em virtude deste" (DOU de 10-8-1992).

A lei, portanto visa a coibir o abuso das pessoas elencadas no artigo 135, de modo que seus atos, quando exercidos com abuso de poder, não resultem em detrimento dos interesses dos contribuintes. Dessa forma, aqui vemos igualmente uma clara natureza administrativo-punitiva, vale dizer, o escopo legislativo foi punir condutas abusivas que resultassem em prejuízo não só aos contribuintes, mas principalmente ao Erário Público.

Nesse sentido, nada há a acrescentar ao que já dissemos por ocasião da análise dos artigos precedentes, reafirmando nossa posição quanto à natureza do aludido comando normativo, por certo não tributária, e sim claramente administrativo-punitiva, reiteramos.

4.3 – Responsabilidade por infrações e sua exclusão pela denúncia espontânea

Já os artigos 136 a 138 do CTN estabelecem regras a serem aplicadas no tocante à chamada responsabilidade por infrações.

No artigo 136²⁵, o legislador deixa claro que pouco importa se o ato do agente ou responsável decorreu de dolo ou culpa; assim, despreza o *animus*, a efetividade, natureza e extensão dos efeitos, de seu ato. No Direito Tributário a infração é formal, consumando-se independentemente das considerações mencionadas.

No artigo 137²⁶, o legislador tributário enumera taxativamente as hipóteses de responsabilidade pessoal do agente, por infrações cometidas. Seu escopo aqui foi apenas pessoalmente os infieis depositários²⁷. Assim, uma vez caracterizado o dolo, não há como falar em solidariedade.

Em derradeiro na seção IV, a codificação estabelece forma de exclusão da responsabilidade conforme preconiza o artigo 138 do CTN²⁸, através da denúncia espontânea, que será acompanhada, se necessário, do pagamento referente ao tributo devido, acrescido dos respectivos consectários legais²⁹.

Geograficamente, o legislador complementar pátrio citou a denúncia espon-

²⁵ "Artigo 136 – Salvo disposição de lei contrário, a responsabilidade por infrações de legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato" (Destacamos).

²⁶ "Artigo 137 – A responsabilidade é pessoal ao agente:

I – quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções; salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego;

II – quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;

III – quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:

a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondam;

b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, prepostos ou empregadores;

c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas". (In verbis).

²⁷ Apenas cabe prenotar que por força da Lei nº 8.866, de 11 de abril de 1944 definiu-se como sendo infiel o depositário que, obrigado a reter e recolher o ISS, o IPI, o IRRF e as contribuições previdenciárias; não as repassa aos cofres públicos.

²⁸ "Artigo 138 – A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada de for o caso,

do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização relacionados com a infração. (grifamos).

²⁹ Conforme o esboço magistério do Prof. Eduardo Marcial Ferreira Jardim, a denúncia espontânea “representa fórmula excludente da responsabilidade por infrações, prevista do artigo 138 CTN, cujo comando dever ser conjugado com as disposições relativas ao processo administrativo tributário que verse sobre o tributo, objeto da denúncia. Segundo o Código, na hipótese de haver infração à legislação tributária, o contribuinte pode proceder à denúncia espontânea da infração, a qual deve ser necessariamente acompanhada do pagamento do tributo devidamente corrigido e dos juros moratórios, ficando a salvo de quaisquer penalidades, até mesmo a multa de mora, desde que essa providência seja tomada antes da instalação de qualquer procedimento fiscal relacionado, com a infração. Por considerar que o código correlaciona o instituto sob exame com a exclusão de multa, é óbvio que a multa de mora, jaz nesse rol de supressões. Entretanto, convém advertir que a legislação tributária ordinária dispõe em sentido inverso, donde o desfrute dessa prerrogativa insere no CTN – Lei Nacional – dependerá de postulação judicial. A obrigatoriedade do pagamento pode ser parcial se a matéria for objeto de legislação que possibilite o parcelamento do “debitum”, caso em que o contribuinte pagaria a primeira parcela, na conformidade com a percentagem estatuída na lei específica. É de se notar que o antigo Tribunal Federal de Recursos, expendeu a Súmula 208, onde condicionou a pertinência da denúncia espontânea ao pagamento do tributo” (Dicionário jurídico tributário. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 33).

A despeito das proveitosas lições do mestre da Universidade Mackenzie, cremos de bom alvitre reforçar as noções de tão importante instituto, notadamente pelo seu emprego no IR, objeto deste estudo.

Com efeito, entendemos que a denúncia espontânea configura-se como verdadeira modalidade de procedimento administrativo preventivo (e aqui ousamos divergir de Eduardo Jardim quando alude a processo administrativo, pois como de há muito nos é pacífico, ao conjunto ordenado de formalidades que tem por escopo a impugnação, ou ao menos, o sobrestamento de atos administrativos junto à própria Administração Pública no que se refere à existência, às características ou ao montante exigido do particular, dá-se o nome de procedimento administrativo tributário. A expressão “contencioso administrativo”, ou ainda, “processo administrativo tributário”, não encontra, *data venia*, ressonância em nosso sistema jurídico, visto que, em face de nossa Constituição Federal, a jurisdição é privilégio único e exclusivo do Poder Judiciário. Remetemos o leitor interessado em aprofundar-se no tema, a obra de nossa lavra intitulada “*Procedimento Administrativo Tributário*” (a qual já nos referimos anteriormente). Através da denúncia espontânea o contribuinte informa à autoridade fazendária o cometimento de infração de natureza fiscal, autodenunciando-se, excluindo sua responsabilidade tributária com o competente pagamento. Claro está, portanto, que a denúncia espontânea, ao ser acompanhada do comprovante de pagamento do tributo devido e dos juros de mora, exclui a responsabilidade do autodenunciante.

Registre-se que prática ilegal em nosso país, e que tem sido objeto de diversas lides, é a exigência por parte do Erário, da multa por ocasião da denúncia espontânea. Em verdade o que se deve são os encargos moratórios, além do principal, excluindo-se a punição pecuniária.

Corroboramos esse nosso pensar, o legislador que foi claro ao prescrever, no artigo 138 do CTN, “... do pagamento do tributo devido e dos juros de mora”, ou seja, empregou a conjunção aditiva “e”, não deixando pairar quaisquer indagações.

Nossa melhor doutrina tem se firmado no sentido de que a exclusão da responsabilidade por infrações estende-se a qualquer espécie de multa. Dentre outros, vale registrar as lições da jurista mineira Misabel Derzi que ao comentar a obra “*Direito Tributário Brasileiro*” de autoria do célebre Aliomar Baleeiro, assim pontuou: “*A infração pode configurar descumprimento do dever de pagar o tributo ou tão-somente descumprimento de obrigação acessória ou de ambas envolvendo multas moratórias, de revalidação ou isoladas. Por tal razão é que o artigo 138 dispõe que a denúncia deve vir acompanhada do pagamento do tributo devido, se for o caso.*”

Qualquer espécie de multa supõe a responsabilidade por ato ilícito. E, se a denúncia espontânea afasta a responsabilidade por infrações, é inconcebível a exigência do pagamento de multa moratória, como faz a Administração Fazendária, ao autodenunciante. Seria supor que a responsabilidade por infração estaria afastada apenas para outras multas, mas não para a multa moratória, o que é modificação indevida do art. 138 do CTN. Ao excluir a responsabilidade por infração, por meio da denúncia espontânea, o CTN não abre exceção, nem temperamentos”. In “Notas” à obra Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, de autoria de Aliomar Baleeiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 769.

Em suma, sobre o tema “denúncia espontânea”, cabe reforçar a existência de várias outras obras laureadas. Contudo, diversamente de tais estudos, o presente ensaio não tem a pretensão de se aprofundar acerca da natureza jurídica do referido instituto, e sim apenas, em rápido apanhado tracejar-lhe os principais contornos.

tânea logo na sequência das responsabilidades atinentes às pessoas elencadas nos artigos 135 *usque* 138, vale dizer, logo após tratar daquela responsabilização decorrente de atos infracionais diversos. Por outro giro, o que estamos querendo dizer é que tanto aquelas responsabilidades tinham nítida natureza sancionatória, que o CTN na seqüência prescreveu exatamente uma possibilidade de excludente punitiva, via denúncia espontânea.

O golpe que agora deserfimos em doutrinas adversas àquelas que comungamos, encontra sólidos alicerces nos processos de exegese, solidificando, em nosso pensar, a insofismável natureza administrativo-punitiva daqueles comandos a que nos referimos.

Eis em reduzidas tintas, a atual sistemática acerca da sujeição passiva tributária, consoante a Constituição Federal e a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).

5- BIBLIOGRAFIA

AMARO, Luciano da Silva. *Direito Tributário Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Mandado de Segurança no Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ATALIBA, Geraldo. *Lei complementar na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed., atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Imposto sobre a Renda – Depósitos bancários – Sinais Exteriores de Riqueza*. Revista de Direito Tributário nº 23/24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

BARROS CARVALHO, Paulo de. *Estatuto de contribuinte, direitos, garantias individuais em matéria tributária e limitações constitucionais nas relações entre*

fisco e contribuinte. Revista de Direito Tributário ns. 7-8. São Paulo, 1979, pp. 135-157.

_____. *Curso de Direito Tributário*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Teoria da norma tributária*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BECHO, Renato Lopes. *Sujeição Passiva e Responsabilidade Tributária*. São Paulo: Dialética, 2000.

BERLIRI, Antonio. *Principios de Derecho Tributario*. v. 2. Tradução de Narciso Armorós Rica y Eusebio Gonzáles Garcia. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1971.

BOBBIO, Norberto. *Teoria della scienza giuridica*. Turim: Giappichelli, 1950, p. 230.

BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. *Da prova do Processo Administrativo Tributário*. São Paulo: LTr, 1992.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. *Capacidade contributiva*. Revista de Direito Tributário nº 47, pp. 234-44.

_____. *Procedimento Administrativo Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

CAMPOS, Dejalma de. *O Doutor Henry Tilbery e o Imposto de Renda (Estudos sobre o Imposto de Renda em memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, pp.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Contribuição para o estudo do regulamento no Direito Tributário Brasileiro*. Tese de Doutorado em Direito, apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), 1978.

_____. *Curso de Direito Constitucional Tributário* (Coleção Textos de Direito

- Tributário nº 11). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. *ICMS*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CASTRO, Alexandre Barros. *Procedimento Administrativo Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1998.
- _____. *As Medidas Provisórias no Direito Tributário Brasileiro*. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, 1998, pp. 98-109
- _____. *A autofagia da política e a democracia brasileira*. Revista Humanidades, Cultura e Cidadania nº 04. Lisboa: Imagem, 2001, pp. 66-7.
- _____. *Responsabilidade tributária: imposto de renda na fonte*. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27, 1999, pp. 28-33.
- _____. *Princípios Constitucionais: sua relevância para o Direito Tributário*. Revista de Direito da Faculdade de Direito Padre Anchieta nº 1, Jundiaí, 1999, pp. 111-121.
- _____. *El impuesto sobre el valor añadido (IVA) y la comunidad europea: su repercusión*. Revista de Estudios Comunitarios nº 16. Madrid, 1999.
- _____. *Código Tributário Nacional Anotado*. São Paulo: Saraiva (“on-line” – mídia eletrônica), 2002.
- _____. *O caos do sistema tributário no Brasil e sua reforma*. Revista Humanidades, Cultura e Cidadania nº 03. Lisboa: Imagem, 2001, pp. 56-8.
- _____. *Teoria e Prática do Direito Processual Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____ e MARTINELLI, João Carlos José. *O Estado e o Cidadão: um exercício de cidadania (coletânea de pareceres)*. São Paulo: Literarte, 2002.
- _____ e DESLANDES, Rosenice. *Tributos x Medidas Provisórias no Direito*

Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Carthago & Forte, 1993.

_____ *et al. Conceitos Básicos de Direito Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Carthago & Forte, 1998.

CHIESA, Clélio. *ICMS - Sistema Constitucional Tributário – Algumas Inconstitucionalidades da LC 87/96*. São Paulo: LTr, 1987.

COSTA, Alcides Jorge. *Contribuição ao estado da obrigação tributária*. Tese apresentada à banca examinadora da USP, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Tributário. São Paulo, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo.

DERZI, Misabel de Abreu. *Princípio da praticabilidade do Direito Tributário (segurança jurídica e tributação)*. Revista de Direito Tributário, n. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. “Notas” à obra *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, de autoria de Aliomar Baleeiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução ao Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

_____. *Fato gerador de obrigação tributária*. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1964.

_____. *Sistema tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1965.

FALCÓN Y TELLA, Ramón. *Introducción al derecho financiero y tributário de las comunidades europeas*. Madrid: Civitas, 1988.

FANUCCHI, Fábio. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1983.

FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de*

1988. São Paulo: Atlas, 1990.
- GIARDINO, Cléber. *ICMS – Diferimento*. São Paulo: Resenha Tributária, 1980.
- HORVATH, Estevão. *Lançamento Tributário e “autolançamento”*. São Paulo: Dialética, 1997.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Instituições de Direito Tributário*. São Paulo: Aquarela, 1988.
- _____. *Dicionário jurídico tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Princípios Constitucionais Tributários*. Cadernos de Pesquisas Tributárias, nº 18, São Paulo: Resenha Tributária, 1993, pp. 153 e ss.
- _____. *Sujeição Passiva Tributária*. Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Tributário, São Paulo, 1985.
- KANT, Emmanuel. *Crítica da Razão Pura*. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. Original em alemão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1978.
- LACOMBE, Américo Masset. *Obrigação tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- MARIZ DE OLIVEIRA, Ricardo. *Estudos em homenagem a Brandão Machado (VVAA. coord. Luís Eduardo Schoueri e Fernando Aurélio Zilveti)*. São Paulo: Dialética, 1998, pp. 197-227.
- _____. *A Sujeição Passiva da Fonte Pagadora de Rendimentos, quanto ao Imposto de Renda Devido na Fonte*. Revista Dialética de Direito Tributário nº 49. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 88-105.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A hipótese de imposição do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. A convivência de regimes jurídicos distintos para a apuração do “quantum debeatur” corrente ao referido tributo – opinião legal – Imposto de Renda – Estudos nº 37*. São Paulo: Resenha

Tributária, 1993, pp. 7-25.

MINATEL, José Antonio. *Imposto sobre a Renda – Estrutura da norma de incidência e a tributação na fonte do lucro líquido*. Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Tributário, sob orientação do Prof. Dr. Paulo de Barros Carvalho. São Paulo, 1989.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *O objeto e o fato gerador do Imposto de Renda. Estudos sobre o Imposto de Renda*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e proventos de qualquer natureza – o imposto e o conceito constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996.

ORTEGA, Rafael Calvo. *L'interesse legittimo in materia impositiva*. Milão: Giuffrè, 1969.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 8ª ed. Tradução de Leonidas Hegemberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2000.

SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Estructura juridica del sistema tributario*, Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Publica, Madrid, v. XI-4, 1961.

SOARES MELO, José Eduardo. *ICMS – Teoria e Prática*. São Paulo: Dialética, 1995

SOUSA, Rubens Gomes. *Compêndio de legislação tributária*. Edição póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1981.

_____. *Sujeito passivo das taxas*, RDP nº 16, p. 348.

_____. *A distribuição da justiça em matéria fiscal*. São Paulo: Martins Fontes, 1943.

_____. *O fato gerador do Imposto de Renda*. Estudos de Direito Tributário, s/d.

_____. *Imposto de Renda* (Suplemento à 2ª ed. do *Compêndio de Legislação Tributária*, 1954). Rio de Janeiro: Forense, 1955.

SPINOZA, Baruch de. *Tractatus Theologico – Politicus*, 2ª ed. Oxford: Oxford University, Press, 1986, p.33

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *O Direito Quântico*. São Paulo: Max Limonad, s/d.

VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*. v. 10. Coleção Jurídica. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Do Procedimento Administrativo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.