

V. 01 - N. 08 - JANEIRO A DEZEMBRO - 2013 - ISSN 1981-1454

UNIVERSO JURÍDICO



UNIVEN

UNIVERSO JURÍDICO

ISSN 1981-1454

UNIVERSO JURÍDICO

Faculdade Capixaba de Nova Venécia – UNIVEN
v. 01, n. 08 Jan/Dez – 2013 – Anual

Diretor Executivo

Tadeu Antônio de Oliveira Penina

Diretora Acadêmica

Eliene Maria Gava Ferrão

Diretor Geral/Coordenador Financeiro/Administrativo

Fernando Bom Costalonga

Coordenadora Acadêmica

Kessya Pinitente Fabiano Costalonga

Coordenadora de Graduação/Coordenadora de Ciências Contábeis

Alcione Cabaline Gotardo

Coordenadora de Administração

Sabryna Zen Rauta

Coordenador de Direito

Maxwilian Novais Oliveira

Coordenadora de Engenharia da Produção/Engenharia Civil

Giuliana de Angelo Ferrari

Coordenadora de Engenharia Ambiental

Talita Aparecida Pletsch

Coordenador de Enfermagem

Ivan Paulino

Coordenadora de Educação Física

Edileuza Aparecida dos Santos Magalhães

Coordenador de Letras/Pedagogia

José Junior de Oliveira Silva

Coordenador de Psicologia

André Mota do Livramento

Coordenadora de Serviço Social

Cristiane Oliosí

Bibliotecária

Alexandra Barbosa Oliveira

Comissão Editorial

Eliene Maria Gava Ferrão (Presidente)

Kessya Pinitente Fabiano Costalonga

Maxwilian Novais Oliveira

Alcione Cabaline Gotardo

José Junior de Oliveira Silva

Endereço para correspondência

Biblioteca Pe. Carlos Furbetta
Rua Jacobina, 165 – Bairro São Francisco
29830-000 – Nova Venécia – ES
e-mail: alexandra.oliveira@multivix.edu.br

Capa

Alex Cavalini Pereira

Universo Jurídico / Faculdade Capixaba de Nova Venécia / – Nova Venécia: (Jan/Dez. 2013).

Anual
ISSN 1981-1454

I. Produção científica – Faculdade Capixaba de Nova Venécia. II.
Título

UNIVERSO JURÍDICO

SUMÁRIO

ARTIGOS

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL Thiago Zotelle Seabra	05
AÇÃO POPULAR À LUZ DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: LEI Nº 4.717/65	14
Rafaela Paula Valani Carrasco	
O DIREITO DO TRABALHO E SEUS REFLEXOS NA ECONOMIA BRASILEIRA	24
Hoslayne Baldo Zanotti	
LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA	32
Isadora Mirandola Lázaro	
RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA	46
Luan Celante Gazoli	
A COMPENSAÇÃO DOS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL	59
Patrícia Buzatto Merlim	

EDITORIAL

Essa é a 8ª Edição da revista “Revista Universo Jurídico” do Curso de Direito, da Faculdade Capixaba de Nova Venécia, que visa dar continuidade à publicação dos excelentes trabalhos e pesquisas acadêmicas dos discentes e docentes.

Em razão do sucesso das edições anteriores, nesta vamos continuar promovendo o incentivo acadêmico na busca de produções bibliográficas dos discentes, pois a pesquisa científica é de cunho essencial para a formação de um Graduando em Direito, bem como entendemos que essas produções ensejam ferramentas necessárias para criação de espaços de discussão e redefinição de conhecimentos jurídicos.

Aos autores deste número – Thiago Zotelle Seabra, Rafaela Paula Valani Carrasco, Hoslayne Baldo Zanotti, Isadora Mirandola Lázaro, Lorryne Vellozo de Faria e Patrícia Buzatto Merlim - agradecemos imensamente pela importante contribuição dada e por ter nos escolhido como meio de publicação dos seus trabalhos. Cremos ter sido de grande valia a elaboração da pesquisa para o enriquecimento de conhecimento.

Estamos abertos a contribuições, críticas e sugestões, para que possamos construir um periódico de excelência.

Tenham uma boa leitura!

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Thiago Zotelle Seabra¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discutir sobre redução da maioridade penal para 16 (dezesesseis) anos no Brasil, abordando sua evolução histórica e demonstrando com base em nosso atual instituto de direito e demais normas contidas no Código Penal, Constituição Federal e Estatuto da Criança e Adolescente, se a maioridade penal está ou não suscetível à mudança e se isso realmente traria uma solução para os crimes praticados por menores que estão se tornando cada vez mais comuns nos dias atuais.

PALAVRAS-CHAVE: Menor Infrator. Imputabilidade. Constituição Federal.

ABSTRACT

This article aims to discuss reducing the age of criminal responsibility to 16 (sixteen) years in Brazil, addressing its historical evolution and demonstrating based on our current institute of law and other provisions contained in the Criminal Code, the Federal Constitution and the Statute of Children and Adolescents, if the age of criminal is or not susceptible to change and if it really would bring a solution to the crime by minors which are becoming increasingly common these days.

KEY-WORDS: Minor Offender. Liability. Federal Constitution.

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que a maioridade penal acarreta rigorosas discussões em meio a nossa sociedade, sendo que esse assunto ganha força toda vez que nos deparamos com um ato infracional grave praticado por um adolescente.

Para a grande maioria da sociedade, a solução para diminuir a quantidade de crimes bárbaros praticados por menores de idade é a redução da menoridade penal, razão pela qual este artigo tem por objetivo principal discutir a viabilidade dessa redução e se ela realmente trairia uma solução para esses casos. Para isso, analisamos o conceito de imputabilidade penal a partir do Código Penal, bem como o que evidencia a Constituição Federal sobre a inimputabilidade aos menores de 18 anos.

¹ Thiago Zotelle Seabra, graduando do curso de Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia – ES.

Segundo consta o artigo 228 da Constituição Federal, são penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sujeito às normas da legislação especial. A legislação a que faz menção o texto constitucional foi criada em 1990. Trata-se do Estatuto da Criança e do Adolescente, que no seu artigo 2º reitera a menoridade penal aos 18 (dezoito) anos de idade incompletos.

Esse mesmo dispositivo faz uma distinção entre criança (menor até doze anos de idade incompletos) e adolescente. Independentemente dessa distinção, devemos estabelecer que menores de idade não cometem crime, mas ato infracional. Conseqüentemente, não podem ser presos, estando sujeitos apenas às medidas socioeducativas previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2 O MENOR INFRATOR

Neste item, pretende-se discutir sobre a evolução histórica da maioridade penal no Brasil, sobre o menor infrator, sua definição segundo a lei vigente, e o tratamento diferenciado que o mesmo recebe na atual legislação brasileira.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL

O primeiro código próprio criado no Brasil foi o código penal do Império, instaurado no ano de 1830, o referido código tinha basicamente como finalidade regulamentar a partir de qual faixa etária, as condutas contrárias ao direito seriam punidas, adotando como premissa o “critério do discernimento”, isto é, todas as pessoas que tinham plena capacidade de tal critério eram tidas como penalmente habilitadas para responderem eventualmente por seus comportamentos. Tal código apenas não permitia que se aplicasse sanção aos menores de 14 (quatorze) anos.

Em 1890 foi criado o Código Penal Republicano que estabelecia a maioridade absoluta a partir dos 09 (nove) anos de idade, sendo que os indivíduos que possuíssem entre 09 (nove) e 14 (quatorze) anos de idade estariam sujeitos ao regime de discernimento.

Em 1926 passou a vigorar o Código de menores, com ênfase voltada para as “situações irregulares” praticadas pelos menores de idade, sendo que o limite definido para a responsabilidade penal foi de 18 (dezoito) anos, assim, qualquer infrator com idade inferior ficava sujeito a tal disposição legislativa.

Em 1940 entrou em vigor o atual Código Penal, sendo que o mesmo optou pela manutenção da maioridade penal aos 18 (dezoito) anos de idade, baseando puramente em um critério biológico e político criminal, reservando aos menores de dezoito anos de idade a possibilidade de aplicação de uma legislação especial.

2.2 DEFINIÇÃO DO MENOR NA FORMA DA LEI

De acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU), em seu artigo 1º, “criança é todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes” (ONU, 1989). A referida convenção sobre os direitos da Criança foi publicada no Brasil, pelo Decreto nº 99.710/90.

Pouco antes de o referido decreto ser promulgado, houve no Brasil a publicação do Estatuto da criança e do Adolescente por intermédio da Lei 8.069/90, marcando o abandono do Direito dos Menores e o início da adoção do chamado Direito da Infância e da Juventude. No artigo 2º do referido Estatuto, encontramos a divisão conceitual entre criança e adolescente, onde o mesmo expõe: “Considera-se criança, para efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (ECA/90).

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, a diferenciação entre crianças e adolescentes é extremamente importante para a aplicação da Lei, quando da prática de condutas descritas como crimes ou contravenções, pois, sendo estes praticados por menores de idade, serão considerados atos infracionais, como exposto no Artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A inimputabilidade penal aos menores de idade, que é a regra estabelecida tanto artigo 228 da Constituição Federal, quanto no artigo 104 do Código Penal, permite, assim, tratamentos diferenciados como, por exemplo, tratamento através de sua própria família ou na comunidade, sem privação de liberdade no caso de crianças ou um tratamento mais rigoroso no caso dos adolescentes, com aplicação de medidas sócio-educativas, que podem implicar em privação de liberdade.

2.3 DO TRATAMENTO DO MENOR NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No âmbito penal ficou definido que a maioridade penal começa a partir dos 18 (dezoito) anos de idade, sendo que os menores de dezoito anos ficam sujeitos à aplicação de normas consideradas especiais.

O tratamento concedido ao adolescente no âmbito civil, mais especificamente no artigo 4º, inciso I, do Código Civil, é diferente daquele conferido na ceara penal. Tendo em vista que o maior de 16 (dezesesseis) anos é relativamente capaz, e agindo dolosamente não poderá eximir-se da obrigação, pois diante desta situação, entram em conflito dois princípios gerais do direito: de um lado, o anseio de proteger o menor, de outro, o propósito de repelir o dolo e amparar a boa-fé. Sendo que dentre os dois, legislador optou pela preservação do segundo.

Além disso, o artigo 5º do Código Civil prevê a possibilidade do maior de 16 (dezesesseis) ser emancipado, adquirindo capacidade civil antes de atingir a idade legal.

Em 1998, a Ementa Constitucional número 20 alterou o texto constitucional e fixou a idade mínima de 16 (dezesesseis) anos para o trabalho do menor como empregado e de 14 (quatorze) anos como aprendiz.

Esse tratamento diferencial também existe na legislação eleitoral, uma vez que o artigo 14, § 1º, inciso II, alínea “c”, da Constituição Federal, reconheceu aos maiores de 16 (dezesesseis) anos lucidez e discernimento, ao conferir capacidade eletiva ativa.

3 DA IMPUTABILIDADE PENAL

O código penal brasileiro não traz uma definição do que seja imputabilidade, no entanto, podemos chegar ao seu conceito com a exclusão das hipóteses de inimputabilidade. Assim, a doutrina define imputabilidade como a possibilidade de responsabilização pela prática de uma infração penal.

Vale a pena frisar que a imputabilidade possui dois requisitos, sem os quais não há de se falar em responsabilização. O primeiro requisito é o *intelectivo ou cognoscitivo* que diz respeito à capacidade do agente de entender e saber o que quer, e o segundo requisito é o *volitivo*, que é a capacidade do agente de controlar e comandar a própria vontade.

Capez define a imputabilidade como “a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se conforme esse entendimento” (2007, p.427), e segue citando interessante exemplo, *in verbis*:

[...] um dependente de drogas tem plena capacidade para entender o caráter ilícito do furto que pratica, mas não consegue controlar o invencível impulso de continuar a consumir substância psicotrópica, razão pela qual é impelido a obter recursos financeiros para adquirir o entorpecente, tornando-se um escravo de sua vontade, não podendo, por essa razão, submeter-se ao juízo de censurabilidade (CAPEZ, 2007, p.427).

Podemos perceber que, apesar de possuir conceitos muito próximos, a imputabilidade não é sinônimo de capacidade (mais ampla e abrange outros aspectos como a prática de atos processuais), responsabilidade (capacidade que o agente possui de ser punido pela prática de seus atos) e muito menos dolo (vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal).

A imputabilidade juntamente com a potencial consciência, a ilicitude, e a exigibilidade de conduta, constituem os três requisitos da imputabilidade.

3.1 CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL

São três os critérios de aferição da imputabilidade penal: Biológico, Psicológico e Biopsicológico.

Critério Biológico – Esse critério considera inimputável aquele que é possuidor de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Doença mental engloba todas as moléstias que causam alterações mórbidas à saúde mental, como esquizofrenia, paranoia, epilepsia, etc.

Desenvolvimento mental incompleto é a falta de maturidade psicológica para compreender as regras da civilização. Essa incompreensão é transitória, podendo o indivíduo vir a superá-la, a doutrina tem considerado que os menores de 18 (dezoito) anos, os índios não integrados à sociedade e os surdos-mudos que não receberam a instrução adequada, têm seu desenvolvimento mental ainda incompleto.

Desenvolvimento mental retardado é aquele que nunca se completará, representando um atraso da idade mental com relação à idade cronológica. É o caso dos oligofrênicos.

O critério biológico mostra-se insuficiente para a aferição da imputabilidade, pois a pessoa com doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado pode ter consciência e vontade em determinados casos menos complexos. Além disso, é possível que o doente mental tenha intervalos de lucidez, dentro dos quais pode exercer conscientemente sua vontade.

Critério Psicológico - De acordo com esse critério, a inimputabilidade é verificada no momento em que o crime é cometido, sendo considerado inimputável aquele que age sem consciência, ou seja, sem a representação exata da realidade. Mesmo que haja consciência, o agente será inimputável se não puder se conduzir de acordo com ela. Nesse caso, haverá ausência de vontade, ou seja, possibilidade de escolher entre duas ou mais opções.

O critério psicológico mostra-se também insuficiente para aferir a inimputabilidade, pois, mesmo para psiquiatras, é extremamente difícil a constatação exata da ausência de consciência e vontade no momento em que o crime é cometido.

Critério Biopsicológico – Com o objetivo de evitar os inconvenientes resultantes da adoção dos critérios anteriores, o Código Penal adotou no art. 26, caput, o critério misto ou biopsicológico. Assim, a inimputabilidade é definida com base em dois critérios: o biológico - com a existência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e o psicológico - com ausência, no momento da prática do crime, de compreensão do caráter ilícito do fato e da possibilidade de comportar-se de acordo com esse entendimento.

4 REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL

Existem várias teorias que tentam explicar as causas do comportamento humano. As correntes sociológicas, provindas de Rousseau, atribuem à sociedade o psicologismo, imputando os traumas de infância ao sistema nervoso central, mas o fato é que até os 18 (dezoito) anos de idade a criança e o adolescente ainda estão em formação e não possuem uma personalidade formada, o que o correrá por influência da sociedade ou por traumas em sua infância.

Com a fixação da maioridade penal aos 18 (dezoito) anos de idade, buscou-se a proteção da criança e do adolescente em estágio de desenvolvimento, pois se considera que o menor de 18 (dezoito) anos ainda está em formação. Assim, para a redução da maioridade penal é necessário que se comprove que o adolescente aos 16 (dezesesseis) anos já está maduro, capaz de se responsabilizar pelos seus atos.

O entendimento que a criança e o adolescente são pessoas em um estágio de desenvolvimento é o correto, pois até mesmo aos 21 (vinte e um) anos de idade, uma pessoa ainda está em formação, isso significa dizer que sua personalidade ainda não está totalmente formada.

A personalidade começa a se formar durante a gestação. A partir desse período o feto já começa a absorver os estímulos do mundo exterior. Dessa maneira, além dos elementos geneticamente herdados, temos também a influência externa na sua formação, tais como alegria, amor, paixão, felicidade e ao mesmo tempo angústia, depressão, medo, raiva, ódio, ou seja, os sentimentos da própria mãe e daqueles que o cercam.

Os fatores que influenciam a formação da personalidade da criança e do adolescente são inúmeros desde a sua predisposição psicológica para desvios de comportamento até a influência que o meio social exerce sobre o mesmo, sendo estes fatores determinantes na formação da personalidade do indivíduo.

A questão é saber se a redução da maioridade penal para 16 (dezesesseis) anos será, de fato, capaz de reduzir a delinquência juvenil no Brasil e se tal redução encontra amparo constitucional.

Temos atualmente dois posicionamentos a respeito do tema, os quais discutem a possibilidade de mudança nas cláusulas pétreas.

A Constituição Federal estabelece no Art. 228 que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.” Da mesma forma, determina o Código Penal *no* Art. 27: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

Por sua vez, o artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal expõe que os direitos e garantias individuais não poderão ser modificados, sendo que tais direitos recebem a denominação de cláusulas pétreas.

As cláusulas pétreas são definidas como um núcleo irreformável da Constituição Federal, de modo a restringir a atuação do poder constituinte derivado. Assim, o legislador ordinário não poderá modificar a Constituição Federal.

Para alguns doutrinadores, como Rogério Greco, a redução da idade da imputabilidade penal é perfeitamente possível, conforme se conclui da leitura do trecho abaixo:

O argumento de que ao inimputável por imaturidade natural que pratica ato infracional será aplicada uma medida socioeducativa, nos termos previstos no Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069/90), não tem o condão de convencer a sociedade, que a cada dia pugna pela redução da maioridade penal para os 16 anos (GRECO, 2004, p.438).

De acordo com Greco, o artigo 228, da Constituição Federal, não se encontra expressamente inserido no rol das cláusulas pétreas, portanto, não pode ser considerado como tal, sendo possível a redução da maioridade penal para 16 (dezesesseis) anos. Dessa forma, está vedada a alteração por via ordinária, sendo perfeitamente possível a redução da menoridade penal por um procedimento qualificado, com observação na Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004.

Além do argumento da constitucionalidade da redução da maioridade penal para 16 (dezesesseis) anos, aqueles que são a favor da redução argumentam que com a referida redução os criminosos terão mais chances de serem mais severamente punidos desde os primeiros atos criminosos, tendo menos chances de voltar a delinquir.

Além disso, o jovem de hoje possui muito mais conhecimento e acesso aos meios de comunicação e informação do que o jovem de 1940, por essa razão não se pode comparar o jovem de 18 (dezoito) anos de idade desta atualidade com o daquela época. Desse modo, conforme esse entendimento, o jovem com 14 (quatorze) anos já possui discernimento suficiente para entender o caráter ilícito de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Aliás, o adolescente aos 16 (dezesesseis) anos pode exercer o seu direito de cidadão e votar, ato que dada a sua importância pressupõe maturidade intelectual, bem como casar e até mesmo iniciar a vida laboral aos 14 (quatorze) anos, mesmo que na condição de menor aprendiz. Então, por qual razão a menoridade penal não poderia ser reduzida para 16 (dezesesseis) anos, podendo os maiores de 16 (dezesesseis) anos responder por seus atos na esfera penal?

Como se pôde observar, acima estão os principais argumentos utilizados por aqueles que são a favor da redução da menoridade penal no Brasil, razão pela qual passamos a expor a opinião contrária daqueles que se posicionam contra a redução.

Observa-se que a tão falada e divulgada “impunidade do menor” não subsiste, quando é de conhecimento que apesar do adolescente não sofrer o procedimento previsto no Código de Processo Penal, estes sofrem o procedimento especial previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para os defensores dessa corrente, não é necessária a redução da idade penal para 16 (dezesseis) anos de idade para que o adolescente seja punido pela prática de ato infracional, sendo que a partir dos 12 (doze) anos de idade pode ser aplicada ao adolescente, qualquer uma das medidas sócio-educativas previstas no artigo 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que vai desde a advertência verbal até a internação.

Outro argumento utilizado seria que a sociedade, o Estado e a família cobram muito do adolescente, mas não proporcionam condições para que o mesmo possa desenvolver sua plena capacidade, por exemplo: como um adolescente que mora numa favela no Rio de Janeiro irá conseguir um bom emprego se não possui condições de frequentar uma boa escola e nem oportunidade de emprego?

Além disso, é um direito individual a garantia da pessoa menor de 18 (dezoito) anos ser submetida a uma legislação especial. Assim, apesar de não fazer parte do rol dos direitos e garantias individuais do artigo 5º, da Constituição Federal, a fixação da menoridade penal até os 18 (dezoito) anos é uma garantia de ordem constitucional.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que não é a posição topográfica que qualifica o direito pelo fato de existir direitos e garantias fundamentais fora da Constituição Federal, os chamados direitos materialmente constitucionais.

Ressalte-se que qualquer alteração nesse sentido, independentemente do procedimento legislativo utilizado, será passível de reconhecimento de vício de inconstitucionalidade.

A argumentação mais utilizada pelos que são a favor da redução é a capacidade de discernimento que os jovens atuais detêm, em virtude da maior possibilidade de informação, entretanto, rebatendo essa tese, a corrente contrária à redução salienta que os jovens com 10 (dez), 12 (doze) ou 14 (quatorze) anos de idade também sabem que matar e roubar são condutas erradas e não aceitas pela sociedade, mas porque fixar a menoridade penal aos 16 (dezesseis) e não aos 10 (dez) anos?

Sabemos que a fixação da menoridade penal aos 16 (dezesseis) não passa de política criminal, com a finalidade de atender aos anseios da sociedade, por meio de uma legislação simbólica. A título de exemplo citam que o voto aos 16 (dezesseis) anos é facultativo e não obrigatório, logo, somente os jovens que realmente se importam com as decisões políticas a serem tomadas no país exercem o poder de voto e lembram que a elegibilidade só é adquirida aos 18 (dezoito) anos.

Assim, os apelos constantes feitos pela mídia, que cobram por uma legislação simbólica de modo a confortar a sociedade, retirando a sensação de impunidade dos menores que praticam atos infracionais, não podem ser atendidos sem um rigoroso estudo, pois a questão da redução

da menoridade penal no Brasil é um assunto que gera muita polêmica por envolver questões sociais, culturais e psicológicas, estando longe de possuir um posicionamento único.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 conferiu, através dos artigos 227 ao 229, proteção especial à criança e ao adolescente, em razão das particularidades do indivíduo que ainda está em desenvolvimento.

Diante do que foi exposto neste artigo conclui-se que o direito à inimputabilidade penal é um direito fundamental de determinado grupo de indivíduos que merecem tratamento diferenciado em razão de especiais e transitórias condições de existência. Mas, o núcleo existencial deste direito não pode ser definitivamente fixado. É preciso ponderar os bens jurídicos envolvidos na relação.

Dessa forma, não é possível afirmar que o artigo 228 é cláusula pétreia. É preciso, no caso concreto, analisar os direitos envolvidos na relação e, assim, em certos momentos o direito à inimputabilidade deverá ceder lugar ao direito à vida ou até mesmo à segurança da coletividade.

A fixação da maioridade em 18 (dezoito) anos é uma questão de política criminal. Não há uma explicação científica capaz de demonstrar que, em determinado momento, a falta de discernimento foi cessada. Por isso, a utilização do critério biológico não é eficaz, pois não leva em conta o desenvolvimento mental do indivíduo, estabelecendo uma presunção absoluta de inimputabilidade.

Além disso, hoje a pessoa aos 12 (doze) anos é capaz de explicar e entender coisas que tempos atrás o sujeito aos 16 (dezesesseis) não compreenderia. Isso porque a idade cronológica não corresponde à idade mental e os avanços tecnológicos e culturais diferenciam os jovens dessa geração daqueles da década de 40.

Obviamente, não se deve equiparar um menino que cresceu na cidade com acesso às informações e tecnologia com o garoto que foi criado na zona rural. Diante desse acesso desigual à educação, cultura e às demais necessidades indispensáveis ao desenvolvimento da criança faz-se necessário avaliar seu desenvolvimento mental caso a caso.

É bem verdade que o País não possui estrutura para a realização dos exames necessários para a averiguação do discernimento. Mas também é verdade que o Estatuto da Criança e do Adolescente está em vigor desde 1990 e o Estado não ofereceu o aparato para a aplicação eficaz das medidas sócio-educativas, e isso significa dizer que o ECA não tem alcançado seus objetivos. Assim, a redução da maioridade penal, não implicaria na perda de garantias, já que elas existem somente no papel.

A legislação atual permite que o maior de 16 (dezesesseis) anos escolha seu representante nas eleições, ou seja, dá poder de decisão sobre o destino da nação. Também aos 16 (dezesesseis) anos o jovem passa a ser considerado, no âmbito civil, relativamente responsável pelos atos que cometer, ou até mesmo pode se emancipar. Não fosse bastante, o maior de dezesesseis anos é considerado pelas leis trabalhistas empregado, tendo os mesmos direitos que os maiores de 18 (dezoito) anos de idade. Se alguém com 16 (dezesesseis) anos possui discernimento para trabalhar, votar e ser emancipado, porque não possui capacidade para saber que matar é errado?

É evidente que reduzir a maioria penal, de maneira isolada, não vai diminuir a criminalidade e a violência, mas, com certeza, vai fazer com que antes de colocar em prática qualquer ideia, o jovem pare e calcule o desfecho que suas atitudes terão.

Devido à sua inimputabilidade penal, os adolescentes são usados pelos maiores de idade na prática de crimes graves, até porque, em razão de sua condição peculiar, isso os manteria fora do alcance da lei penal.

Diante de tais motivos, entende-se que a redução da maioria penal é razoável, mas que não irá, por si só, colocar fim à criminalidade ou pelo menos reduzi-la. Seria somente uma medida dentre várias outras necessárias para se atingir esse objetivo.

6 REFERÊNCIAS

1 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

2 GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004

3 SARAIVA, **VadeMecum**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

4 SOUZA, Isabel C. B. **Da (In)Constitucionalidade da Redução da Maioridade Penal no Brasil**. Disponível em:

<http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/a467ff0e925e8f9675204a0c7f6e8bb9.pdf>. Acesso em 20 de nov. de 2013.

RESUMO

Ao longo de vários anos há uma busca pela aplicabilidade, na íntegra, do princípio da moralidade administrativa em toda gestão pública. A partir desta busca, eis que surge um dos maiores remédios constitucionais: a Ação Popular. Segundo a Constituição Federal, qualquer cidadão poderá propor a Ação Popular, desde que o intuito seja a anulação ou cancelamento de certos atos lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa e ao patrimônio histórico cultural (art. 5º, inciso LXXIII, CF/88). O tema desenvolvido no presente artigo objetiva um aprofundamento na origem histórica da Ação Popular, bem como a sua ligação com o princípio da moralidade administrativa, apoiando-se em uma pesquisa doutrinária baseada no Direito Constitucional e Direito Administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Popular. Moralidade Administrativa. Direito Fundamental.

ABSTRACT

Over several years there has been a longing for the full applicability of the principle of administrative ethics throughout public administration. From this demand, here comes one of the greatest constitutional remedies: the Popular Action. Under the Federal Constitution, any citizen may propose the Popular Action, since its aim is the annulment or cancellation of certain injurious acts to public property, the environment, administrative ethics and cultural heritage (article 5, item LXXIII, of the Federal Constitution of Brazil/88). The subject developed in this paper focus on the historical origin of the Popular Action, as well as its connection to the principle of administrative ethics, relying on a doctrinal research based on the subjects of Constitutional Law and Administrative Law.

KEYWORDS: Popular Action. Administrative Ethics. Fundamental Rights.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com o instituto de preservação dos direitos da coletividade, a Carta Magna (Constituição Federal de 1988), desde os tempos históricos, traz em seu conteúdo os direitos e garantias fundamentais de cada cidadão, no intuito igualar todas as pessoas perante a lei.

Através desse conhecimento, apresenta para os cidadãos uma das principais ações constitucionais interligadas aos direitos fundamentais, qual seja: Ação Popular.

Tida como um remédio constitucional, é sabido por todos que esta ação possui o condão de fazer com que todo cidadão seja um Fiscal do Poder Público, analisando e comparando os gastos

² Rafaela Paula Valani Carrasco, graduanda do Curso de Direito da Faculdade Capixaba de Nova Venécia – ES.

financeiros de cada Administração. Com isso, utiliza-se também o princípio da moralidade administrativa, que busca a padronização étnica dos atos administrativos, eis que a gestão dos interesses públicos deve estar em consonância com as necessidades de toda a sociedade.

Assim, a ideia central deste artigo é a utilização da Ação Popular como um mecanismo de ataque, ou até mesmo de defesa, do cidadão diante dos atos ilegais e lesivos do poder público ao patrimônio público, buscando sempre a aplicação do princípio da moralidade administrativa e, conseqüentemente, suas penalidades, tais como a invalidade jurídica do ato.

A proposta do tema será toda embasada em pesquisas bibliográficas, utilizando-se sempre de opiniões de ilustres doutrinadores e entendimentos jurisprudenciais, para uma análise clara e sucinta desde determinado assunto.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA AÇÃO POPULAR

Muitas doutrinas escritas por autores clássicos indicam que a origem da Ação Popular inicia-se profundamente no Direito Romano repercutindo em vários países europeus até o século XIX.

Quando iniciada no Direito Romano, a Ação Popular tinha o caráter penal, trazendo consigo penas que inibiam as condutas lesivas praticadas pelo cidadão, transformando-se em uma ação de perseguição, fugindo assim do verdadeiro significado do Direito de Ação.

Curiosamente, nesta época romana, as mulheres ou menores não poderiam se valer da Ação Popular, haja vista que para o Direito Romano esses cidadãos não podiam exercitar atos de juízos de si próprios.

Entretanto, com o passar do tempo, a Ação Popular no âmbito do Direito Romano passou a ser denominada “*Actiones Populares*”, tutelando situações de caráter e direitos difusos.

Portanto, à época, poderia ajuizar a Ação Popular qualquer membro de uma comunidade, ou seja, qualquer um do povo, a única ressalva é que este cidadão deveria propor a ação para defesa do interesse de todos os membros da comunidade, nunca apenas para o seu interesse.

O ponto mais controverso da origem da Ação Popular acontece num momento em que o Império Romano é desbancado pelo Direito Bárbaro, surgindo assim o período feudal (Idade Média). Isso porque, segundo estudos históricos, o período feudal não poderia a nenhum momento ofertar aos cidadãos da época qualquer instrumento de defesa que constitui-se uma relação próxima entre o Estado e o indivíduo. Pois, para o feudalismo, o único a tomar decisões era o senhor feudal, não deixando aos cidadãos qualquer abertura para buscar a defesa dos bens públicos.

Nesta etapa, as Ações Populares foram completamente esquecidas e só retornaram a vigorar no ano de 1836 na Bélgica e no ano de 1837 na França, o que comprova que mesmo tendo sido banida por alguns países, a Ação Popular ainda continuava presente em alguns regimes estatutários, e até mesmo em jurisdições.

Mas, mesmo assim, há relatos que durante o período contemporâneo, devido ser coordenado por um regime totalitarista, bem como monitorado pela força nazista, a Ação Popular continuou a ser suprimida, haja vista que esses regimes não aceitavam a defesa do interesse da coletividade.

Deixando o direito internacional e passando a analisar o direito brasileiro, muitos doutrinadores entenderam que a Ação Popular teve seu surgimento no período colonial, quando vigoravam as ordens do reino de Portugal, prolongando até o início da República e seguindo até os tempos atuais.

Para ilustres autores fora a Constituição de 1824, especificadamente em seu art. 157³ a primeira a recepcionar o instituto da Ação Popular, possibilitando a defesa de bens que são utilizados em comum pelos cidadãos. Observe:

Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei. (BRASIL, 1824)

Todavia, no ano de 1916, com o advento do primeiro Código Civil Brasileiro, a Ação Popular deixa de ser admitida no nosso ordenamento jurídico, pelo simples fato do país estar vivendo um período ditatorial.

Só no ano de 1934 que esta retorna expressamente na Constituição Federal, ficando expressa no art. 113, inciso XXXVIII da Constituição⁴, apresentando-o:

Art. 113 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVIII - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou a anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

Entretanto, fora retirada novamente no ano de 1937, vindo a se restabelecer, por definitivo, no ano de 1946 no artigo 141, §38⁵ da Constituição Federal, ampliando o entendimento, haja vista que o presente dispositivo trouxe a proteção, além da União, Estados e Municípios, também das sociedades de economia mista e demais entidades autárquicas. Veja:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

Após este dispositivo, a Ação Popular, uns dos remédios constitucionais mais importantes, fora mantida em todas as Constituições.

³ BRASIL, Constituição Política do Império do Brasil, 1824.

⁴ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934.

⁵ BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946.

Neste contexto, surge a Lei nº 4.717/1965⁶, com o intuito de regulamentar a Ação Popular, sendo a principal lei que recepcionou as tutelas coletivas no Direito Brasileiro. Uma de suas mudanças fora a diferenciação da legitimidade ativa da ação, ou seja, enumerou quais os entes da Administração Direta poderia ser dirigida à Ação Popular.

Contudo, a Lei 4.717/65 tratava apenas do patrimônio público material, sendo assim, fora a Lei 6.513/77 que ampliou o objeto da Ação Popular, incluindo os bens materiais relacionados à moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.

Destarte, entende-se que a Ação Popular, após ser incluída na Constituição Federal, fora considerada um direito fundamental do cidadão, haja vista que esta oferece garantias constitucionais ao mesmo, e, sobretudo, é uma forma de defesa contra atos públicos ofensivos.

Para o presente artigo, além da parte histórica, necessária se faz a análise de cada requisito da Ação Popular, bem como sua ligação com o princípio da moralidade administrativa.

3 AÇÃO POPULAR

Como já visto, a Ação Popular é considerada uma das formas mais antigas do envolvimento do cidadão perante os negócios públicos, buscando sempre a defesa de seus interesses e da sociedade.

Segundo as palavras de Hely Lopes Meireles (apud, CERDEIRA, [s.d], p.7) temos que a Ação Popular:

É um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas sim interesses de comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga.

Assim, temos que esta ação constitucional é disposta a qualquer cidadão que tenha o intuito de anular/cancelar atos lesivos praticados ao patrimônio público ou até mesmo aqueles que afetam o meio ambiente, o patrimônio histórico cultural e a moralidade administrativa, com previsão legal no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988⁷, merecendo destaque:

Art.5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

⁶ BRASIL, Lei que regula a Ação Popular, 1965.

⁷ BRASIL, Constituição Federal da República, 1988.

Pois bem, tratamos então que a finalidade desta ação é fazer com que o cidadão se torne um fiscal do Poder Público, utilizando-se sempre dos princípios da legalidade dos atos administrativos, moralidade, e, principalmente, que a República é significadamente o patrimônio do povo.

Entretanto, não se deve esquecer que o cidadão que venha a propor a Ação Popular deverá estar em total gozo de seus direitos políticos, ou seja, deverá ser eleitor. Tal regra também é válida aos cidadãos de 16 (dezesesseis) anos, afinal, a lei federal, mesmo que de forma facultativa, lhes dá a capacidade eleitoral ativa, desde que acompanhados de advogado.

Portanto, no âmbito de uma Ação Popular, não poderão figurar em seu polo ativo pessoas jurídicas, tão pouco estrangeiras, salientando que, no caso do Ministério Público, o mesmo só poderá atuar como “*fiscal legis*” sendo que apenas fiscalizará o regulamento do processo, bem como opinará pela procedência ou improcedência da ação, mas, tal opinião não terá cunho decisório.

Já no pólo passivo, é necessária a observação do art. 6º da Lei 4.717/65⁸:

Art. 6º - A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

Neste pormenor, podemos observar que este dispositivo é taxativo ao declarar que só figurarão no pólo passivo àquele agente que realizou o ato impugnado, a entidade administrativa lesada e, até mesmo, aqueles que se beneficiarão com o ato praticado.

No pólo passivo, a figura do *Parquet*⁹ também será como fiscal da lei, porém, caso o autor da ação venha a desistir de tal impugnação, caberá ao Ministério Público, depois de analisar os requisitos necessários, dar prosseguimento a ação, afinal, estamos tratando de interesses coletivos, e não individual.

A natureza jurídica dessa ação poderá ser interpretada de duas formas, quais sejam: repressivas ou preventivas. Esta classificação dependerá exclusivamente do momento da ocorrência do ato, portanto, temos que a Ação Popular será de natureza repressiva quando esta for proposta após o ato ter ocorrido, com o intuito de anulação do mesmo. Já a preventiva ocorrerá quando esta possuir a ideia de impedir que o ato aconteça.

Vale ressaltar que o objeto da Ação Popular é considerado o ato ilegal e lesivo praticado contra o patrimônio público.

Conforme Alexandre de Moraes (2007, p.178)¹⁰:

O objeto da ação popular é o combate ao ato ilegal ou imoral e lesivo ao patrimônio público, sem, contudo configurar-se a *última ratio*, ou seja, não se exige o

⁸ BRASIL, Lei que regula a Ação Popular, 1965.

⁹ Significa Ministério Público, seja ele estadual ou federal.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

esgotamento de todos os meios administrativos e jurídicos de prevenção ou repressão aos atos ilegais ou imorais e lesivos ao patrimônio público para seu ajuizamento.

Como se vê, qualquer reação lesiva ao Patrimônio Público, bem como aos interesses da coletividade, poderá ser corrigida através da imposição de uma Ação Popular.

Contudo, no caso da moralidade administrativa não é necessário que haja alguma lesividade material. Aqui a utilização da Ação Popular servirá para exigir da Administração Pública o emprego de uma atuação baseada nos padrões éticos, bem como na boa fé perante a sociedade.

Ademais, é de suma importância lembrar que a Ação Popular, assim como vários institutos jurídicos, é motivada, ou seja, depende de provocação dos interessados por meio de petição inicial para que o julgador possa analisar o ato lesivo que fora arrolado, seguindo o trâmite do procedimento ordinário.

Gize-se que qualquer comarca é competente para julgar a Ação Popular, porém, de acordo com a Constituição Federal, a competência de julgar a Ação Popular será sempre da comarca onde originou o ato a ser anulado.

Neste pormenor, a decisão que decidirá a Ação Popular poderá ser realizada em audiência de instrução e julgamento, ou até mesmo em cartório, ambas sobre o prazo de 15 (quinze) dias que serão contados a partir do momento que os autos foram recebidos pelo juiz, conforme se observa no artigo 7º, inciso VI da Lei nº 4.717/65:

Art. 7º A ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observado as seguintes normas modificativas:

VI - A sentença, quando não prolatada em audiência de instrução e julgamento, deverá ser proferida dentro de 15 (quinze) dias do recebimento dos autos pelo juiz.¹¹

Grifa-se também a importância da análise da sentença proferida na Ação Popular, pois caso venha a ser improcedente deve-se buscar a razão para compreender seus efeitos, conforme explana Alexandre de Moraes¹² (2007, p.181):

Se a ação popular for julgada improcedente por ser infundada, a sentença produzirá efeitos de coisa julgada *erga omnes*, permanecendo válido o ato. Porém, se a improcedência decorrer de deficiência probatória, apensar da manutenção da validade do ato impugnado, a decisão de mérito não terá eficácia de coisa julgada *erga omnes*, havendo possibilidade de ajuizamento de uma nova ação popular com o mesmo objeto e fundamento, por prevalecer o interesse público de defesa da legalidade e da moralidade administrativas, em busca da verdade real.

Contudo, não se deve esquecer que a sentença procedente também produzirá efeitos, efeitos estes que são esperados por qualquer autor de ação, quais sejam: a invalidade do ato que fora impugnado, a condenação dos responsáveis e também a produção do *erga omnes*.

Destarte, a Ação Popular poderá ser proposta para corrigir erros de administração, e até mesmo para exigir uma atuação idônea do administrador público, valendo-se sempre do princípio da moralidade administrativa.

¹¹ BRASIL, Lei que regula a Ação Popular, 1965

¹² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

4 PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio da moralidade administrativa surgiu da ideia de que “nem tudo o que é legal é honesto”, vindo a ser aplicado diretamente na parte interna da Administração Pública.

Para Maurice Hauriou (apud, DI PIETRO, 2008, p.73) “a moralidade administrativa é o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.

Este princípio encontra-se expresso no artigo 37 da CF/88¹³, sendo consagrado como um “stop” nas atuações realizadas pelos administradores públicos, haja vista que o emprego deste princípio na Constituição Federal fora no intuito de controlar a corrupção e a impunidade existente em todo o setor público, ligando-se a ideia de probidade e boa fé na Administração, como ilustra-se abaixo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Ademais, conceituar este princípio foi de suma importância, afinal, através desse conceito expresso no dispositivo acima, à moralidade administrativa fora recepcionada pela CF/88 como um bem jurídico que deveria ser protegido pelo instituto da Ação Popular, bem como enquadrado nos princípios de análise obrigatória pelas administrações públicas, sejam elas diretas e indiretas pertencentes aos Municípios, Estados e União.

Deste modo, temos que a finalidade deste princípio no nosso ordenamento jurídico é fazer com que qualquer ação administrativa que venha a violar a moralidade, seja passível de anulação, buscando sempre a validação dos atos da Administração Pública.

Segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrina (2012, p. 369):

O controle de moralidade não é controle de mérito administrativo, significa dizer, um ato contrário à moral administrativa não está sujeito a uma análise de oportunidade e conveniência, mas a uma análise de legitimidade. Por isso, o ato contrário à moral administrativa não deve ser revogado, mas sim declarado nulo¹⁴.

Corroborando tal entendimento, é importante destacar a fala de Lindemberg (2013, p.2) que diz: “o administrador, ao agir, deverá decidir não só entre o legal e o ilegal, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto”.

Assim, entende-se que a Ação Popular está ligada de uma forma bem direta ao princípio da moralidade administrativa, afinal, é este princípio que busca o cumprimento da legalidade nas funções desempenhadas pelo administrador público, sendo esta ideia um dos objetos para a propositura da Ação Popular.

¹³ BRASIL, Constituição Federal da República, 1988.

¹⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 8.ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

Dentro da proposta do presente artigo, e com fulcro em todo o exposto, cumpre-se agora a profunda análise da Ação Popular sob a luz do princípio da moralidade administrativa.

5 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DA AÇÃO POPULAR

A análise de tal garantia, inicia-se com a simples ideia existente no artigo 1º, parágrafo único da CF/88¹⁵, qual seja “todo poder emana do povo”. Sendo assim, o intuito é envolver a sociedade em todo o âmbito da Administração Pública.

Afinal, à moralidade administrativa determina todos os poderes que o Estado exerce, buscando sempre seguir os padrões da boa fé, da moral, da honestidade, para o exercício de uma boa administração.

E é com base nesta ideia que a Ação Popular vem a defender tal princípio, pois, segundo o explanado, para a postulação de uma Ação Popular, a simples violação de ato administrativo já será considerada causa de pedir da presente ação.

Entretanto, será sempre necessária a ocorrência de um vício de ilegalidade, ou seja, não basta para o cidadão indicar que o ato praticado pelo administrador público viola o princípio da moralidade administrativa, esse deverá indicar à disposição legal que tal infração está violando.

Vale ressaltar também que, além da disposição legal, o ato só será anulável com a demonstração do prejuízo, seja ele na sua totalidade ou parcialidade.

Ademais, é importante destacar que a Ação Popular, apesar de várias semelhanças existentes, como por exemplo, o ataque ao ato lesivo praticado pelo administrador, difere-se em alguns aspectos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa.

Segundo Rogério Pacheco Alves (2002, p.541):

Entre a ação popular e a ação fundada na Lei de Improbidade (8.429/92)¹⁶, sem prejuízo da identidade da causa de pedir, haverá mera continência (e não litispendência), sendo o objeto desta última muito mais amplo que o da primeira por não se mostrar juridicamente viável através de Ação Popular a aplicação das sanções previstas no art. 12, da Lei de Improbidade (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios).¹⁷

O que evidencia é que através da Ação Popular, o cidadão poderá requerer a anulação do ato lesivo ao patrimônio público, bem como a condenação do administrador, porém, para a aplicação do art. 12 da Lei nº 8.429/92, citada acima, necessário será a propositura de Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa.

¹⁵ BRASIL, Constituição Federal da República, 1988

¹⁶ BRASIL, Lei que regula os Atos de Improbidade Administrativa, 1992.

¹⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. S.ed. Rio de Janeiro: Lemem Júris, 2002.

Além de tais pontos, também é importante ressaltar que, utilizando-se da Ação Popular para a cobrança do emprego do princípio da moralidade administrativa, automaticamente acontece à ampliação do princípio da legalidade, haja vista que este passou a observar valores como a razoabilidade e a boa fé de uma forma mais extensa, buscando o conteúdo inicial dos valores morais empregados, na época, à construção do preâmbulo constitucional.

Sendo assim, de forma bem clara, entende-se que a Ação Popular é o instrumento mais importante utilizado para se exigir a moralidade administrativa juntamente com a legalidade, pois a moralidade busca a honestidade, a boa fé, a lealdade e o atendimento ao interesse do público. Enquanto a legalidade busca a obediência à lei em sua amplitude.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, reconhece-se que a Ação Popular sempre será um instrumento de fiscalização da sociedade perante os atos lesivos praticados pela Administração ao Patrimônio Público, com o intuito de proteger os bens públicos, eis que, como é sabido por todos, existem muitos administradores que buscam desvirtuar atos administrativos para a satisfação de suas vontades pessoais, ferindo assim o princípio da moralidade administrativa, bem como o da legalidade.

Ademais, nenhum cidadão, por mais simples e humilde que seja, irá tolerar a prática constante de atos atentatórios à moralidade administrativa que causarão enormes prejuízos aos cofres públicos, pois o autor de uma Ação Popular presta exercício de cidadania, afinal, seu objetivo é a desconstituição do ato lesivo, conseqüentemente a condenação dos agentes que praticaram tal ato, e a defesa do interesse público.

Desta forma, encerra-se que, a partir do momento que ocorre a simples ofensa a um dos princípios que integram o patrimônio público, o ato administrativo será atacado através da Ação Popular, porém, sempre haverá a análise criteriosa de cada caso concreto.

7 REFERÊNCIAS

1 BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. Ação Popular e Moralidade Administrativa: aplicabilidade nas hipóteses da Lei nº 8.429/92. **Revista da ESMESC**. Santa Catarina, 2008. Disponível em:

< <http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/2-1247230685.PDF>>. Acesso em: 11 de nov. de 2013.

2 BRASIL, Constituição Política do Império do Brasil, 1824. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 14 de nov. de 2013.

3 BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 14 de nov. de 2013.

- 4 BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 11 de nov. de 2013.
- 5 BRASIL, Lei que regula a Ação Popular, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em: 11 de nov. de 2013.
- 6 BRASIL, Constituição Federal da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 de nov. de 2013.
- 7 BRASIL, Lei que regula os Atos de Improbidade Administrativa, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 14 de nov. 2013.
- 8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. Atlas: São Paulo, 2008;
- 9 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. S.ed. Lemem: Rio de Janeiro, Júris, 2002.
- 10 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007;
- 11 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. São Paulo: Método, 2011;
- 12 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 8 ed. São Paulo: Método 2012.
- 13 RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. Em defesa da moralidade administrativa – o papel da Ação Popular no Estado Democrático de Direito. **Revista Âmbito Jurídico**. São Paulo, 2013. Disponível em : <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13272>. Acesso em 14 de nov. de 2013.
- 14 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

O DIREITO DO TRABALHO E SEUS REFLEXOS NA ECONOMIA BRASILEIRA

Hoslayne Baldo Zanotti¹⁸

RESUMO

¹⁸ Hoslayne Baldo Zanotti, graduando em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia-ES. Bacharel em Administração com Habilitação em Administração de Empresas pela mesma Instituição de Ensino acima mencionada.

A economia brasileira vem sofrendo, principalmente nos últimos anos, grandes transformações capazes de influenciar na sobrevivência das empresas que aqui se instalam. Tais mudanças estão relacionadas à globalização, esse processo de integração político e econômico que ocorre constantemente. Caracterizado como um dos países que mais se paga impostos, o Brasil precisa ser cauteloso quanto às suas decisões, cercando-se de cuidados para não ter problemas que venham a comprometer ainda mais a sua economia. É sabido que o diferencial de uma empresa, além de baixos custos, são os colaboradores que nela trabalham para o alcance de seus objetivos. O capital humano é peça fundamental nesta conquista, haja vista que sem eles nada seria possível. Vale ressaltar, porém, que a legislação trabalhista está muito rígida e continuamente sendo modificada para melhor atender às necessidades dos trabalhadores, impondo muitas vezes às empresas situações não esperadas. O presente trabalho tem a finalidade de mostrar que as empresas precisam estar sempre em transformação para atender às oscilações trabalhistas e buscar a maturidade para manterem-se firmes e competitivas no mercado.

Palavras-Chave: Globalização. Impostos. Colaboradores. Legislação. Maturidade.

ABSTRACT

The Brazilian economy has been suffering, especially in recent years great changes capable of influencing the survival of businesses that here if they install. Such changes are related to globalization, this process of political integration and economic that occurs constantly. Characterized as one of the countries that you pay taxes, Brazil needs to be cautious about their decisions, compass-if care not to have problems which will further undermine the economy. It is known that the differential of a company in addition to low cost are the employees who work for the achievement of its goals. The human capital and key part this conquest, there is a view that without them nothing would be possible. It is worth noting, however, that the labor legislation is very rigid and continuously being modified to best meet the needs of workers, requiring many times companies situations not expected.

1 INTRODUÇÃO

É notória a importância do Direito do Trabalho na economia brasileira, visto que este se relaciona com vários ramos do Direito, tais como: Direito Constitucional, onde traz nos Arts. 7 a 11 os direitos dos trabalhadores; Direito Civil, que traz a origem do contrato de trabalho e outros ramos do Direito.

O tema proposto é de grande relevância para o país, podendo ser compreendido como um efeito cascata, pois, regulamenta os direitos dos trabalhadores, influencia nas decisões das empresas que por sua vez traz consequências para a economia do país.

Há muito a ser feito ainda pelo trabalhador, haja vista falhas e lacunas absurdas na legislação trabalhista brasileira, e apesar de infinitos projetos de lei tramitando na Câmara dos Deputados, esta é apontada como a pior do mundo.

Como se infere, não basta existir inúmeros projetos de lei sobre este tema, o que é necessário é que estes sejam realmente relevantes ao país. O que se nota são retrocessos que muitas vezes causam estragos irreversíveis à economia.

A verdade é que há no Brasil uma cultura voltada à proteção do trabalhador, onde este ganha cada vez mais direitos e menos deveres, daí a legislação brasileira ser considerada tão ruim. Releva ponderar que ainda existem empregadores ambiciosos ao ponto de oferecerem aos seus empregados condições sub-humanas e salários deficitários. Mas este não é o ponto a ser abordado neste artigo, sendo de responsabilidade do Ministério do Trabalho e Emprego fiscalizar tais práticas.

Indiscutível que esta prática ainda ocorra. Mas, deixando de lado este assunto, o que se observa é que a Consolidação das Leis do Trabalho, criada em 1943 não acompanhou a evolução econômica e social do Brasil, tornando-o vulnerável a investimentos de empresas - sejam nacionais ou estrangeiras - diante de tanta instabilidade. Essa rigidez das leis trabalhistas traz para o Estado e as empresas, custos exorbitantes e notoriamente se os encargos fossem menores aumentariam os investimentos no país e os salários dos empregados.

Assim, o que se vê na legislação trabalhista brasileira é uma proteção exagerada ao empregado e uma conta alta às empresas na justiça devido à complicação das leis vigentes.

Desta forma, é fato que o Brasil é um País promissor, mas possui entraves desnecessários que inviabilizam a realização de negócios aqui, distanciando-o cada vez mais dos competidores internacionais.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

À luz da história, a Revolução Industrial proporcionou aos trabalhadores a transformação do que antes era chamado trabalho em emprego. Afirma-se que foi nesta época que surgiu a máquina a vapor como fonte energética, fazendo nascer novos postos de trabalho.

Tais mudanças fizeram surgir novas culturas e os trabalhadores passaram a organizar-se para reivindicar melhores salários e condições de trabalho. O Estado que antes era abstencionista, passa a se tornar intervencionista no que diz respeito às relações de trabalho.

Ainda que timidamente, os trabalhadores que anteriormente eram tratados como meros instrumentos para as empresas alcançarem lucros, passaram a ganhar voz e proteção.

Diante desta situação, chefes industriais deste período sentiram-se ameaçados, pois a dignidade humana até então, não os interessava, haja vista que a preocupação dos mesmos se concentrava na concorrência do mercado de braços, ou seja, na duração da jornada de trabalho que neste período iam além da resistência normal de uma pessoa.

Neste período, o foco muda, pois o *homo economicus* isolado deixa de ser considerado para entrar em cena o homem histórico e social, onde este desenvolve sua personalidade individual e coletiva.

Elaborada em 1934, a segunda Constituição Republicana do Brasil já dava sinais de inovações quanto aos direitos dos trabalhadores. Assim, mesmo que em passos lentos, as demais Constituições foram assegurando melhores condições aos mesmos e regulamentando suas

atividades. A Constituição de 1988 que vigora até os dias atuais consagra em âmbito constitucional os direitos dos trabalhadores, e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana como exposto no Art. 1º, inciso III da Carta Magna:

Art. 1º. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III – a dignidade da pessoa humana;”

É possível verificar que o homem não pode ser tratado como uma coisa e sim como pessoa que possui direitos e obrigações, o que contraria as ocorrências da época. Para melhor compreensão, é mister a conceituação de empregado, que se encontra no artigo 3º da Consolidação da Leis do Trabalho:

Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.
Parágrafo único. Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Ainda na Constituição da República Federativa do Brasil, o art. 6º elucida os direitos sociais:

Art. 6º. “São direito sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Por se tratar de um direito social, o trabalho deveria ser exigido do Estado, uma vez que para o homem viver dignamente, este se faz necessário.

3 O CAPITAL HUMANO E A RIGIDEZ DAS NORMAS TRABALHISTAS

Em todas as atividades que uma empresa se propõe a desempenhar, o capital humano é, sem dúvida, primordial para que o resultado esperado seja alcançado.

Hoje, porém, os investimentos em educação no País estão muito aquém do que se espera. Os problemas sociais ainda são extensos, e grande parte da população não tem acesso a uma educação de qualidade.

Por essa razão, é importante salientar o quanto é válido investir em pessoas, aprimorar seus níveis de estudo, uma vez que estas são responsáveis pela produção das riquezas no País. Nessa linha, estimular as pessoas no cenário econômico em que o Brasil se encontra é ainda mais importante, pois a apatia com que a maioria das empresas vem demonstrando frente ao cenário mundial traz dúvidas quanto à pretensão de investidores estrangeiros.

Nas palavras de Bateman e Snell (2006, p. 423):

“a motivação refere-se a forças que energizam, dirigem e sustentam esforços de uma pessoa. Todo comportamento, exceto reflexos involuntários como o piscar de olhos (que geralmente tem pouco a ver com a administração) é motivado. Uma pessoa altamente motivada trabalhará com afinco para atingir metas de desempenho.”

Portanto, a valorização do colaborador, seja por meio de salários atrativos ou por meio de recompensas, como partição de lucros, é fundamental para o desenvolvimento e amadurecimento destas.

Martins (2007, p. 266) conceitua:

“A participação dos lucros é o pagamento feito pelo empregador ao empregado, em decorrência do contrato de trabalho, referente à distribuição do resultado positivo obtido pela empresa, o qual o obreiro ajudou a conseguir.”

Essa iniciativa por parte das empresas é louvável, mas deve-se ter prudência, pois o que pode ser satisfatório para os colaboradores, pode se transformar em dor de cabeça para as mesmas. A burocracia neste caso se faz necessário para assegurá-las juridicamente.

Neste contexto, o artigo 621 da CLT explicita:

Art. 621. As Convenções e os Acordos poderão incluir entre suas cláusulas disposição sobre a constituição e funcionamento de comissões mistas de consulta e colaboração, no plano da empresa e sobre participação, nos lucros. Estas disposições mencionarão a forma de constituição, o modo de funcionamento e as atribuições das comissões, assim como o plano de participação, quando for o caso.

De maneira geral, o que se observa é que no cenário atual o País se encontra paralisado frente a burocracias desnecessárias, cargas tributárias abusivas e protecionismos excessivos.

O Direito do Trabalho surgiu no intuito de regulamentar e facilitar as relações de emprego e possibilitar às empresas maior segurança quanto aos contratos firmados com seus empregados. O que nota-se é que o surgimento de tantas normas regulamentadoras e que mais ainda estão por vir, trouxeram à economia brasileira prejuízos e entraves que estão se tornando cada vez mais difíceis de serem resolvidos.

Embora o País apresente um crescimento antes não visto, as recentes normas implementadas pelo governo estão na contramão do crescimento do País. Muitas contratações foram feitas, principalmente na área de consumo e serviços, porém, com a grande geração de empregos vieram os encargos trabalhistas e tributários numa proporção infinitamente maior.

4 GLOBALIZAÇÃO X FLEXIBILIZAÇÃO

Conquanto significativa evolução quanto à proteção dos trabalhadores, deve-se analisar o outro lado da moeda. Tais garantias trouxeram aos empresários impasses muitas vezes insuperáveis.

A legislação trabalhista tornou-se protecionista, dificultando por vezes a defesa de empresas perante a Justiça do Trabalho e as obrigando a ter mais cautela ao realizar uma contratação. Nesse descompasso, as dificuldades começaram a fazer parte não só do mundo empresarial,

mas também da sociedade como um todo, haja vista, as qualificações profissionais impostas pelas empresas para melhor atender suas necessidades e manterem-se competitivas no mercado e atender às exigências trabalhistas.

O fato é que a globalização fez surgir uma concorrência mais acirrada entre os países, impondo-lhes situações antes não vistas. Países com condições econômicas favoráveis compram máquinas e equipamentos para resistir no mercado, outros por sua vez, que não detêm de condições para tanto, remetem-se ao século XIX, impondo a seus trabalhadores uma jornada de trabalho abusiva.

Como se verifica, junto com a globalização surgiram problemas que o País ainda não conseguiu resolver, como o caso das novas tecnologias que interrompem os sonhos de muitos trabalhadores ao tomar seu lugar na linha de produção de uma empresa, por exemplo. Neste contexto, a economia brasileira sofre com altos impostos e inúmeras normas somente na área tributária com a falsa ideia de organizar a economia.

Por outro lado, a evolução tecnológica, vinda com a globalização, trouxe avanços ao País, possibilitando-o aumentar negociações financeiras e ter acesso rápido a informações que fazem a diferença na sua integração econômica.

A verdade é que, para uma empresa sobreviver e conseguir obter lucro no Brasil, é preciso jogo de cintura e muita cautela.

É de se destacar ainda a importância da flexibilização das normas trabalhistas para as empresas e para o empregado, que conjuntamente, de maneira equilibrada, estipulam condições de trabalho através de negociações. Para Martins (2007, p. 506) a flexibilização das condições de trabalho é “um conjunto de regras que têm por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho”.

A palavra flexibilização é muito comentada e interpretada por muitas vezes erroneamente. Existem aqueles que a confundem com a desregulamentação. Esta significa a retirada de todas as normas protetivas do trabalhador e a primeira, por sua vez, significa a adequação dessas normas objetivando a manutenção das relações de trabalho e o pleno exercício empresarial.

O caput do artigo 611 da CLT explicita um exemplo de flexibilização como se vê:

Art. 611. Convenções coletivas de trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais do trabalho.

Como se verifica, existem mecanismos na legislação trabalhista que proporcionam a flexibilização das normas respeitando o sistema jurídico. Outro exemplo existente na CLT são os contratos individuais demonstrado no artigo 442:

Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.
Parágrafo único. Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre eles e os tomadores de serviços daquela.

Assim, é possível verificar que o objetivo da flexibilização não é acabar com os direitos que os trabalhadores conseguiram ao longo do tempo, mas sim possibilitar a continuação da relação de emprego e o exercício das atividades empresárias.

Tal instituto nasce com o intuito de tentar solucionar os problemas decorrentes da globalização e assegurar ao país uma maior facilidade para competir no mercado.

Nesse sentido, pode-se afirmar que estamos na era da multifuncionalidade, onde os empresários aproveitam mais seus trabalhadores com o intuito de que estes realizem o máximo de tarefas possíveis, vinculando seus salários à produtividade e estimulando-os à competitividade e premiações.

4.1. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA CONDIÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR FRENTE À FLEXIBILIZAÇÃO

Os direitos trabalhistas sofreram significativas adaptações frente ao processo de globalização devido aos avanços tecnológicos, trazendo por consequência uma crise econômica mundial.

A partir daí, muitas alternativas foram lançadas para tentar reverter essa situação e a flexibilização foi apontada como a principal delas. No entanto, essa alternativa trouxe um conflito entre a proteção do trabalhador e a empresa. O empregado não pode ter seus direitos trabalhistas reduzidos e a empresa não pode dispensá-los.

No tocante à flexibilidade, a dignidade da pessoa humana deve ser preservada continuamente para que não ocorra um retrocesso nas conquistas dos trabalhadores ao longo dos tempos, muito embora saibamos que trabalhadores pressionados pelas dificuldades econômicas vividas, se submetem muitas vezes, às condições desumanas de trabalho, perdendo sua autoestima profissional.

É notório o conflito de princípios neste momento, onde de um lado existe a proteção do trabalhador como elucida o artigo 7º, caput da Constituição Federal:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

Por outro lado, existe a proteção à preservação da empresa como demonstra o artigo 170 do mesmo dispositivo acima:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
 I - soberania nacional;
 II - propriedade privada;
 III - função social da propriedade;
 IV - livre concorrência;
 V - defesa do consumidor;
 VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
 VIII - busca do pleno emprego;
 IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)
 Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O que não se pode negar é que a flexibilização de normas trabalhistas aplicada de maneira responsável produz um efeito harmônico a dignidade do trabalhador e evita um aumento de desemprego no País.

Desta forma, a flexibilização deve ser utilizada quando respeitar dos direitos fundamentais do trabalhador. A ética, a justiça social, a transparência nas negociações coletivas, pontos esses primordiais para que esta seja aplicada, evitando o abuso de direito frente à força do poder econômico.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a alta carga incidente sobre a relação de emprego, ainda é um ponto que traz à economia brasileira, prejuízos, uma vez que limita a contratação de mais pessoas nas empresas impossibilitando conseqüentemente uma aceleração econômica no País.

Além disso, é possível verificar o quanto é importante o direito do trabalho nas relações econômicas, sociais, individuais e coletivas. O que se observa é a necessidade de uma reforma para o que Estado cumpra com suas obrigações e os cidadãos, que são sujeito de direitos, possam buscar uma vida mais digna.

Por fim, cabe ressaltar que a importância de uma flexibilização das normas trabalhistas para que as empresas possam proporcionar ao País uma maior geração de empregos, serviços e produtos. Essa atenção especial às empresas e a circulação de riquezas produzidas precisam acontecer para passarmos da fase de País subdesenvolvido para um País potencialmente desenvolvido.

6 REFERÊNCIAS

- 1 BATEMAN, Thomas S. – **Administração: novo cenário competitivo**; SCOTT A. Snell – Tradução Bazán Tecnologia e Linguística Ltda –. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2006.
- 2 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- 3 BRASIL. Decreto Lei 5.452, de 1º de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1º de Maio de 1943.

4 CASSAR, VÓLIA BOMFIM – **Princípios Trabalhistas, Novas Profissões, Globalização da Economia e Flexibilização das Normas Trabalhistas**. Niterói: Editora Impetus Ltda. 2010.

5 MARTINS, Sérgio Pinto – **Direito do Trabalho**. 23ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2007.

6 SALOMÃO, Alexa; KROEHN, Márcio. Imposto Burro e Caro. **Exame**, São Paulo, Ano 46. N. 20. P.68-72 17/out/2012.

7 SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO Délio; VIANNA Segadas; FILHO, José de Lima Teixeira - **Instituições de Direito do Trabalho**. 22ª Edição. São Paulo. Editora: LTr. 2005.

LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Isadora Mirandola Lázaro¹⁹

RESUMO

A legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública tem sido tema de muitas controvérsias. Para além do aspecto dogmático do direito, a discussão revela uma briga por espaço. A tutela coletiva tem se tornado um instrumento poderoso na judicialização até mesmo de políticas públicas. Neste cenário, é preciso compreender o papel da Defensoria Pública no âmbito constitucional e infraconstitucional e, mais do que isso, refletir sobre seu poder de mudar a realidade de muitos que dela necessitam. A ação civil pública, como espécie de processo coletivo, pode ajudar a maximizar o grau de cobertura aos que mais necessitam de uma tutela diferenciada, os hipossuficientes econômicos. É nesse contexto que a legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil pública tem sido discutida. Aberração legislativa ou ampliação do acesso à justiça?

¹⁹ Isadora Mirandola Lázaro, graduando em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia – ES.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela Coletiva. Ação Civil Pública. Legitimação. Defensoria Pública. ADI 3.943.

ABSTRACT

The active legitimacy of the public defender for filing civil action has been the subject of many controversies. Beyond the dogmatic aspect of the law, the discussion reveals a fight for space. The collective protection has become a powerful tool in judicialization even public policy. In this scenario, it is necessary to understand the role of the public defender, the constitutional and infra-constitutional framework and, more than that, think about your power to change the reality of many who need it. The civil action, as a kind of collective process, can help maximize the coverage to those most in need of a differentiated protection. The economic inapt. It is in this context that the active legitimacy of the Public Defender to propose civil action has been discussed. Legislative aberration or expanding access to justice?

KEYWORDS: Collective protection. Public Civil Action. Legitimation. Public Defender. ADI 3943.

1 INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública tem sido uma instituição de fundamental importância para a realização do acesso à justiça. A realidade parece paradoxal, pois quem mais necessita da proteção da justiça, mais dificuldade encontra de acessá-la. Por isso, a Defensoria cumpre esse papel de ponte, entre a necessidade do sujeito e a tutela jurisdicional justa e adequada. Ninguém questiona a legitimidade da Defensoria Pública para a tutela de direitos subjetivos individuais, aliás, essa é sua função constitucional. Porém, quando o assunto engloba direitos em âmbito coletivo, os questionamentos começam a surgir. Até mesmo a constitucionalidade das leis que conferem à Defensoria Pública a tutela de direitos coletivos é posta em dúvida.

Nas últimas décadas, a sociedade tem passado por um processo de transformação ríspido e intenso. Em razão disso, as demandas para a soluções oriundas dessas transformações têm crescido consideravelmente. Como consequência, o modelo tradicional individualista de tutela jurisdicional se tornou insuficiente.

Muitas leis foram produzidas para criar um novo modelo de tutela coletiva. Dentre essas leis destaca-se a ação civil pública, ideal para a defesa de direitos difusos, como por exemplo, o direito a um meio ambiente saudável. A princípio, o legitimado ativo para a propositura da ação civil pública era apenas o Ministério Público, porém, com a Lei 11.448 de 2007, outros legitimados foram acrescentados, dentre eles a Defensoria Pública. Ocorre que a Defensoria é um órgão ligado à prestação jurisdicional gratuita, na defesa de pessoas que não têm como arcar com honorários de um advogado. Como, então, fica a posição desta instituição no que diz respeito à defesa, por exemplo, dos direitos difusos, que, por conceito, não possuem sujeitos determinados?

Muitos entendem que conferir legitimidade à Defensoria Pública para propor ação civil pública é um erro. Os argumentos são diversos. No campo formal, usa-se a dogmática jurídica ao se afirmar que não faz parte do rol de competências da Defensoria Pública a defesa de direitos difusos. No campo material afirma-se que a tutela coletiva deve ser exercida por quem tem condições materiais para tanto, o que não seria o caso da Defensoria Pública.

O ponto culminante neste debate é a ADI 3.943, que foi proposta com o intuito de declarar inconstitucional o dispositivo da lei que confere legitimidade à defensoria para propor ação civil pública. Essa ação foi proposta em 2007, perante o Supremo Tribunal federal, e até hoje não foi julgada.

O objetivo deste artigo é acender uma luz sobre o debate e, se possível, tentar entender os contornos dessa verdadeira disputa. Muito mais do que simples discussão jurídica, o viés político também influencia. Assim como vemos a disputa entre os partidos por cargos no executivo no começo de cada governo, o que reflete uma disputa por poder, assim acontece no judiciário. Quanto mais atribuições tem um determinado órgão, maior o seu poder de influência em diversos setores. Se for esse o fim buscado pelas instituições, não se pode afirmar de plano, porém, a discussão nunca é inócua.

2 TUTELA COLETIVA

Para o desenvolvimento deste artigo é necessário, antes de tudo, o entendimento acerca de tutela coletiva. Defender direitos de forma coletiva pode, por vezes, ser vantajoso para os titulares do direito e para o judiciário. Enquanto o poder judiciário elimina milhares de ações que seriam discutidas uma a uma, o titular do direito sente-se mais seguro por ter um representante legalmente adequado. Em última análise, a tutela coletiva satisfaz o princípio constitucional do amplo acesso à justiça.

Com a implementação de medidas que visam facilitar o acesso dos jurisdicionados a uma justiça eficaz e adequada às suas necessidades, o processo coletivo torna-se um importante instrumento para tutelar direitos que, até então, viam-se à mercê de decisões isoladas, por vezes, até mesmo, contraditórias.

Portanto, os instrumentos criados, a partir da implementação da tutela coletiva, ajudaram a ampliar a noção do devido processo legal. Sabemos que esse princípio, muito mais do que um simples postulado dos processos em geral, confere cidadania a quem se vê obrigado a recorrer ao judiciário em busca de seus direitos.

Com a revolução científica, tecnológica e, principalmente, com o fenômeno da globalização, a sociedade tem presenciado novos tipos de relações jurídicas. A partir do momento em que surgem rapidamente novas formas das pessoas se relacionarem, surgem também novos direitos, e com eles, novas violações a esses direitos. A tutela coletiva tem o papel de aumentar a cobertura de proteção a esses novos direitos subjetivos.

Cumprido destacar que a ação coletiva evita milhares de ações individuais, ou seja, trata todas as ações que seriam individuais com uma única ação.

Por isso, o processo coletivo tende a se desenvolver cada vez mais, na medida em que as demandas de massa se multiplicam e que se alteram as formas das pessoas se relacionarem.

3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Dentre as ações coletivas, diante da presente discussão, a que vem a baila é a Ação Civil Pública. Teori Albino Zavaski assim a define:

A ação civil pública é a denominação atribuída pela Lei 7.347, de 1985, ao procedimento especial, por ela instituído, destinado a promover a tutela de direitos e interesses transindividuais. Compõe-se de um conjunto de mecanismos destinados a instrumentar demandas preventivas, reparatorias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos, nomeadamente “as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais” causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica e à economia popular e a outros direitos ou interesses difusos e coletivos. (ZAVASKI, 2011, p. 72)

No direito brasileiro ocorre a incidência de diversas normas que procuram trazer instrumentos para a tutela coletiva de direitos. Nesse cenário, a ação civil pública se insere no microsistema de tutela coletiva existente no Brasil.

Em 1985 foi promulgada a lei 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública, destinada a tutelar interesses de caráter coletivo. Em sede constitucional, a ação civil pública está prevista no art. 129, inciso III, dentro do capítulo que trata das atribuições do Ministério Público.

Cumprir destacar que outras leis previram determinados direitos difusos que poderiam ser objetos de Ação Civil Pública. Como exemplo, a Lei 7853/89, que previu a Ação Civil Pública para a proteção de direitos dos portadores de necessidades especiais, a Lei Orgânica do MP, nº 8625, art. 25, IV, que previu Ação Civil Pública proposta pelo MP para a proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa, dentre outras.

Nesse sentido, vê-se a importância que a ação civil pública ganhou desde o advento de sua criação, como instrumento para a tutela coletiva de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Quanto aos direitos individuais homogêneos, entende-se que apenas direitos indisponíveis poderiam ser tutelados pela ação civil pública.

O objeto da ação civil pública foi definido pelo artigo 1º da lei que a regulamenta, nos seguintes termos:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
 I – ao meio ambiente;
 II – ao consumidor;
 III – aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
 IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;
 V – por infração da ordem econômica;
 VI – à ordem urbanística.

O parágrafo primeiro, deste mesmo artigo, ressalta o não cabimento da ação civil pública para “veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”. Outro ponto digno de destaque, no que diz respeito à ação civil pública, é o fato da possibilidade da sentença civil fazer coisa julgada *erga omnes*, conforme consta no artigo 16 da lei de ação civil pública:

A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Vê-se aí a importância que tem os efeitos de uma coisa julgada em sede de ação civil pública. Para além dos órgãos que figuram como partes na ação, os efeitos irradiam para toda a sociedade, nos limites da competência territorial. Portanto, uma ação mal fundamentada ou proposta com finalidade diferente da tutela da coletividade, pode trazer prejuízos irreparáveis a toda uma comunidade.

A exceção à regra da coisa julgada em sede de ação civil pública é o caso de uma ação julgada improcedente por falta de provas. O legislador quis salvaguardar o interesse coletivo de ações mal propostas. Além disso, poderia se pensar na possibilidade de uma ação ser proposta com o intuito de se criar o efeito da coisa julgada em desfavor da coletividade.

4 LEGITIMIDADE ATIVA PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA

No que diz respeito à legitimidade para propor a Ação Civil Pública, é importante tecer algumas considerações acerca das suas espécies. A doutrina, de uma forma geral, identifica dois tipos de legitimidade: ordinária e extraordinária. Na legitimidade ordinária, o próprio titular do direito material ajuíza a ação para defendê-lo. É a maneira mais comum de defender seu direito, sendo, inclusive, regra geral instituída pelo Código de Processo Civil no artigo 6º: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

O Código de Processo Civil tem um caráter eminentemente individualista, o que explica a regra geral de que o próprio titular do direito deve defendê-lo em juízo.

Já a legitimidade extraordinária deve estar prevista em lei, pois, como se viu, a regra geral é a legitimidade ordinária. Nessa modalidade, o indivíduo que atua na defesa de direito não é o titular. Ele atua em nome próprio na defesa de direito de outrem. A substituição processual é um bom exemplo de legitimidade extraordinária. O substituído não atua no processo, quem atua é o substituto, sendo ele mesmo parte. Apesar disso, o substituído é alcançado pela sentença proferida.

A tendência da doutrina, de uma forma geral, é tratar a legitimidade para a tutela coletiva como extraordinária. É a posição predominante, porém, existem entendimentos de peso tanto pela ordinária quanto pela autônoma.

Nosso legislador, de uma maneira geral, percebeu que a legitimidade para a propositura de qualquer ação coletiva não poderia ser concedida a qualquer um. Pode-se imaginar o prejuízo que poderia causar a propositura de uma ação coletiva por um legitimado que não tenha condições suficientes de defender tal direito. Isso porque a coisa julgada material em sede de tutelas coletivas, irradia seus efeitos para toda a coletividade. Então, para evitar que tenhamos um risco de dano grave, a lei vai trazer legitimados próprios.

Deve-se registrar que os legitimados para a propositura da ação civil pública foram definidos com a promulgação da Lei nº 11.448 de 15 de janeiro de 2007, que modificou o artigo 5º da Lei 7.347 de 24 de julho de 1985. A lei que regulamenta a ação civil pública, no seu texto original, só previa o Ministério Público como legitimado ativo.

Atualmente, são os seguintes os legitimados para a propositura da ação civil pública, de acordo com a lei 7.347 de 24 de julho de 1985:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Pode-se dizer que essa legitimidade conferida por lei é considerada concorrente e disjuntiva, segundo a doutrina. Concorrente porque é possível a propositura da ação civil pública por qualquer dos legitimados conferidos pela lei. Disjuntiva em razão de tal propositura não ter que ser necessariamente em conjunto, isto é, em litisconsórcio.

O primeiro legitimado elencado pela lei é o Ministério Público. Quanto à legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública, a grande questão que se coloca é definir que tipo de direito coletivo pode ser tutelado pelo *parquet*.

Costumeiramente, os casos de direito individual homogêneo se referem à reparação por danos, que o descaracteriza como direito individual disponível. Então, em tese, direito individual homogêneo não se insere nas atribuições do MP. Assim, parte da doutrina sustenta que o Ministério Público, apesar da previsão do artigo 5º da lei ação civil pública, não pode defender direito individual homogêneo. Isso porque os artigos 127 e 129 da Constituição não conferem ao MP a atribuição de defender direito individual disponível. Apesar disto, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça entendem ser possível a defesa pelo Ministério Público, de direito individual homogêneo.

Chegamos ao ponto chave do estudo, o segundo legitimado para a propositura da ação civil pública elencado pela lei, que é a Defensoria Pública, tema deste artigo. Em 2007, foi criada a lei 11.448/2007, que dá à Defensoria Pública legitimidade para propor ação civil pública.

A grande polêmica em torno dessa lei é se o objeto tutelado pela ação deve guardar relação com a função institucional da Defensoria Pública.

5 DEFENSORIA PÚBLICA

Para melhor entendimento desse estudo, serão abordados a seguir, tópicos acerca da defensoria pública, sua importância na sociedade, sua evolução histórica no Brasil, as fases enfrentadas para o alcance da autonomia orçamentária e administrativa, até o seu reconhecimento como instituição fundamental para o acesso a justiça no País.

5.1 IMPORTÂNCIA NA BUSCA PELO PLENO ACESSO À JUSTIÇA

A Defensoria Pública tem um papel fundamental em um País como o Brasil. Isso porque as desigualdades sociais crescem quase que paralelamente à capacidade econômica do País, gerando uma sensação falsa de bem estar coletivo, principalmente nas grandes metrópoles. Em

um cenário como este, muitas vezes o judiciário é acionado para a promoção de direitos que garantam o mínimo existencial. Por isto a Defensoria tem um papel tão relevante na sociedade.

Alexandre Freitas Câmara, ao tecer comentários sobre o princípio do devido processo legal, menciona o notável jurista italiano Mauro Cappelletti, que reconhece a assistência judiciária gratuita como uma das fases para o pleno acesso a ordem jurídica justa. Neste ponto, grande importância tem a defensoria pública no sistema jurídico brasileiro, como bem explica Alexandre Câmara:

Facilmente se constata que a redação do dispositivo constitucional é ampla a ponto de assegurar algo mais do que a assistência gratuita em processos judiciais (o que resulta da garantia de assistência judiciária). Ao assegurar a assistência jurídica integral, a Constituição eleva à categoria de garantia fundamental não só a já anteriormente assegurada assistência judiciária gratuita, mas também a assistência gratuita na esfera extrajudicial. Esta é a única interpretação adequada à norma constitucional que se refere à “assistência jurídica integral”. Assim é que, no Brasil, os economicamente necessitados fazem jus, por exemplo, à assistência gratuita na elaboração de contratos de qualquer ordem, ou para elaboração de testamentos e codicilos. Tal assistência deverá, em princípio, ser prestada pela Defensoria Pública, a qual foi considerada, pela mesma Constituição de 1988, instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134 da CR). (Câmara, 2009, p. 37)

Por este motivo, a Defensoria Pública foi elevada a instituição essencial à função jurisdicional do Estado pela constituição de 88.

Em um País tão desigual como o Brasil, com inúmeras injustiças sociais de base, a Defensoria é uma das instituições que mais serve à tutela de direitos fundamentais, pois tutela direitos de quem mais necessita e se vê desamparado.

A importância que a Defensoria Pública goza foi adquirida em um processo longo e cheio de dificuldades. Será feito neste momento um breve apanhado histórico sobre a Defensoria no plano nacional.

5.2 HISTÓRICO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

No Brasil, desde as Ordenações Filipinas, a justiça gratuita já existia. Entretanto, a assistência judiciária era entregue à solidariedade cristã. Em 1897 surgiu um Decreto no Distrito Federal, que era localizado no Rio de Janeiro, tutelando assistência judiciária. Porém, apenas com a criação da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, esse decreto ganhou efetividade. Isso porque os advogados poderiam ser representados na Ordem caso não cumprissem a assistência judiciária, ou seja, com a criação da OAB, em 1934, o decreto passou a ter efetividade.

Em 1950 nasce a lei 1.060/50, que prevê mecanismos de gratuidade de justiça, como o não pagamento de custas. Fato interessante nessa lei é o equívoco no uso da expressão “assistência judiciária”, quando na verdade a expressão correta é “gratuidade de justiça”.

No Rio de Janeiro foi criada a figura do Promotor Classe A, que era o membro do Ministério Público no início da carreira que atuaria como defensor. Em 1958, surge Lei Federal com a mesma ideia. Então, se a pessoa ingressasse nos quadros do Ministério Público, seria Promotor da Classe A, que era o defensor público. Com o tempo de carreira, passava para a Classe B e se

tornaria, então, Promotor de Justiça. Isso de certa forma colaborou para o sistema de ingresso na Defensoria por concurso.

Após 1988, a assistência passa a ser jurídica e integral, isto é, judicial e extrajudicial, prestada por órgão denominado Defensoria Pública.

Com a Emenda Constitucional nº 45, as defensorias estaduais ganharam autonomia administrativa e orçamentária.

Após esse longo caminho percorrido, a assistência judiciária ganhou consistência no Brasil, principalmente com a Constituição de 1988 e a Emenda Constitucional nº 45. A Defensoria Pública, como órgão essencial ao funcionamento da justiça, possui princípios que são necessários para uma atuação plena e eficaz. Os principais princípios são: unidade, indivisibilidade e independência funcional.

6 LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Após um breve estudo sobre a Defensoria Pública, chega-se ao ponto chave deste artigo, onde serão abordadas as principais discussões acerca do presente tema. Desde o advento da Lei n. 11.448/2007, que deu legitimidade ativa a defensoria pública para a propositura da Ação Civil Pública, até a interposição da ADI 3.943/2007, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), ainda não julgada.

6.1 DISCUSSÃO

A Defensoria Pública, originalmente, não constava como legitimada para a propositura da ação civil pública. Quando foi promulgada a lei da ação civil pública 7.347/85, apenas o Ministério Público poderia propor a ação. Porém, com base no artigo 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, as Defensorias ingressavam com ação civil pública. Sendo a Defensoria Pública entidade da Administração Direta, era a instituição aceita como legitimada na defesa dos interesses e direitos dos consumidores. O problema é que essa previsão do CDC era específica para a tutela de direito do consumidor.

Com o advento da Lei n. 11.448/2007, foi alterado o artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, de modo que as Defensorias Públicas passaram a ter legitimidade ativa para a propositura da ação, agora expressamente declarada em lei e de forma geral, sem limitar o objeto.

Cumprе ressaltar que, mesmo sendo essa legitimidade expressa em lei, muitas discussões ainda perduram no que diz respeito a essa legitimidade dada à Defensoria. Há uma grande discussão acerca do papel constitucional da Defensoria Pública estar, pelo menos de acordo com o texto, circunscrita à defesa dos necessitados e, portanto, a propositura de uma ação civil pública poderia extrapolar o limite de atuação estabelecido constitucionalmente.

Outro ponto digno de destaque é que, não tendo os direitos difusos sujeitos determinados, não seria possível a análise da hipossuficiência de seus sujeitos, o que inviabilizaria a atuação da Defensoria Pública. Igualmente, em uma ação civil pública para a defesa de direito coletivo

stricto sensu ou individual homogêneo, poder-se-ia supor que a atuação da Defensoria Pública poderia beneficiar pessoas que têm condições de custear a atuação de um advogado.

Há, por exemplo, quem defenda que a Defensoria não atua estritamente em defesa dos hipossuficientes econômicos. Essa atuação seria sua função típica, porém haveria também, dentro do seu campo de atuação funções atípicas. Fredie Didier e Hermes Zanetti entendem da seguinte forma:

É importante frisar que a defensoria atua mesmo em favor de quem não é hipossuficiente econômico. Isto por que a Defensoria Pública apresenta funções típicas e atípicas. *Função típica* é a que pressupõe hipossuficiência econômica, aqui há o necessitado econômico (v.g., defesa em ação civil para investigação de paternidade para pessoas de baixa renda). *Função atípica* não pressupõe hipossuficiência econômica, seu destinatário não é o necessitado econômico, mas sim o *necessitado jurídico*, v.g., curador especial no processo civil (CPC art. 9º II) e defensor dativo no processo penal (CPP art. 265). (Didier Jr, 2009, p. 34).

Ou seja, para os autores, a Defensoria Pública não estaria limitada, em sua atuação, à defesa dos “hipossuficientes econômicos”. Há, portanto, uma ampliação do conceito, abordando também os “hipossuficientes jurídicos”.

O contraponto a essa ideia é o argumento de que as funções da Defensoria Pública já estariam definidas na Constituição Federal, não havendo a possibilidade de ampliação pelo legislador ordinário. Em geral, esse entendimento é muito defendido por parte do Ministério Público, órgão que originariamente era o único legitimado para propor a referida ação.

Há ainda o entendimento de que à Defensoria Pública cabe sim a propositura da ação civil pública, porém, apenas quando estiver na defesa de interesses de necessitados. Deve-se, portanto, fazer uma análise quanto ao interesse veiculado na ação proposta pela Defensoria. Tal entendimento se coaduna com a tendência de se ampliar o acesso à justiça para uma categoria de jurisdicionados tuteladas pela defensoria Pública.

O grande problema é conseguir determinar quem é necessitado em uma ação coletiva. Difícil imaginar alguma tutela coletiva em que todos são necessitados. Com esse entendimento de que a Defensoria Pública apenas poderia ingressar em juízo em uma ação civil pública quando todos os indivíduos tutelados forem necessitados, corre-se o risco dessa legitimidade ser inócua. Praticamente estaria excluída a legitimidade da defensoria para a defesa de direitos difusos, já que são compostos por pessoas indeterminadas.

Cumprir destacar que uma ação civil pública ajuizada pela defensoria em defesa de direitos difusos poderia tutelar direitos de pessoas necessitadas e de pessoas não necessitadas, já que a indeterminabilidade dos sujeitos é a característica principal dessa espécie de direitos. Com o ajuizamento, a Defensoria estaria cumprindo seu papel constitucional, ou seja, a defesa dos necessitados, ainda que haja também a defesa de não necessitados. Porém, a proibição de legitimidade à defensoria para esse tipo de ação, seria um cerceamento de defesa dos direitos difusos, os quais também são constituídos por pessoas necessitadas.

Não é demais lembrar que intervenções judiciais em hospitais e escolas públicas, por intermédio de ação civil pública, tutela em grande parte, direitos de pessoas que fazem jus ao auxílio judiciário da Defensoria Pública, ainda que a característica do direito seja difusa. Nesses casos em especial, a Defensoria Pública torna-se a instituição mais adequada para a tutela de tais

direitos, já que a grande maioria dos usuários da rede pública de educação e de saúde é de pessoas necessitadas.

O problema da legitimidade para propor ação civil pública pode ser encarado também sob o ponto de vista do interesse de agir. Diz o artigo 3º do código de processo civil que “para propor ou contestar ação, é necessário ter interesse e legitimidade”. No caso do Ministério Público, é fácil verificar o interesse na defesa de direitos difusos e coletivos. Isso porque faz parte do cumprimento de suas próprias funções institucionais. Já a Defensoria Pública estaria limitada quanto ao interesse de agir, às suas funções institucionais, que, segundo o art. 134 da Constituição Federal, são “a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV”.

Com esse raciocínio, chegaríamos à conclusão de que as ações civis públicas propostas pela Defensoria Pública restringem-se à defesa de bens tutelados no interesse de pessoas reconhecidamente carentes de recursos financeiros.

Pode-se, a partir dessas considerações, traçar um panorama das opiniões sobre a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública. Há os que defendem a legitimidade irrestrita. Há também os que defendem que a legitimidade deve estar atrelada ao interesse de uma coletividade composta em sua maioria por pessoas necessitadas. Por fim, tendo como principal representante o Ministério Público, há os que entendem tal legitimidade como violadora da competência estatuída pela Constituição. Ou seja, o inciso II do art. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, com redação dada pela Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, seria inconstitucional por ferir o dispositivo constitucional que elenca as atribuições da Defensoria Pública.

6.2 ADI 3.943/2007

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 3.943, no Supremo Tribunal Federal, para declarar inconstitucional o inciso II do art. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, com redação dada pela Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007.

O pedido principal da ADI 3.943 é a inconstitucionalidade do dispositivo mencionado, ou seja, o acolhimento deste pedido por parte do STF significa a exclusão da Defensoria Pública como legitimada para a propositura da ação civil pública. Como pedido alternativo, pleiteia o Ministério Público que seja dada interpretação conforme a Constituição para que a Defensoria Pública possa apenas ajuizar ação civil pública na defesa de interesses coletivos e individuais homogêneos, com isso, excluiria de sua competência os interesses difusos.

Segue na íntegra o pedido formulado pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público:

Por todo o exposto, a Associação proponente pede, após colhidas as informações de praxe e após dada vista dos autos aos Excelentíssimos Senhores Advogado-geral da União e Procurador-Geral da República, seja julgada procedente esta ação, declarando-se a inconstitucionalidade do inciso II do art. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, com redação dada pela Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, por

contrariar o disposto no art. 5º LXXIV, e art. 134, *caput*, da Constituição da República.

Todavia, se essa excelsa corte concluir pela possibilidade constitucional de os defensores públicos poderem ajuizar ação civil pública na defesa de interesses coletivos e individuais homogêneos, que, alternativamente, se dê interpretação conforme ao texto constitucional, para excluir a legitimidade ativa da Defensoria Pública, quanto ao ajuizamento de ação civil pública para defesa de interesses difusos.²⁰

Percebe-se que a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público diferenciou as espécies de direitos coletivos ao ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade. Explique-se. Considera a Associação que os direitos difusos, dado a indeterminabilidade dos sujeitos, não poderiam, em hipótese alguma, serem tutelados pela defensoria Pública. Isso porque inevitavelmente seriam tutelados direitos de pessoas que não necessitam da assistência judiciária. Portanto, a Defensoria Pública teria extrapoladas suas atribuições definidas em sede constitucional.

Já com relação aos direitos coletivos e individuais homogêneos, que tem sujeitos determinados, é possível a aferição da hipossuficiência econômica, pré-requisito, de acordo com a CONAMP, para a atuação da Defensoria Pública.

Afirma a CONAMP em sua inicial que:

Portanto, aqueles que são atendidos pela Defensoria Pública devem ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis, para que se saiba, realmente, que a pessoa atendida pela Instituição não possui recursos suficientes para o ingresso em juízo.²¹ (2007, p. 05)

Percebe-se que a Associação segue o entendimento de cunho meramente técnico ao atacar a norma que confere legitimidade à Defensoria Pública.

Já o Procurador-Geral da República, em Parecer nº 3.738 – PGR/AF, acrescenta outros argumentos como se transcreve abaixo:

Mas não fosse, ainda temos de levar em conta a realidade brasileira, em que se conjuga penúria institucional com estabaneada competição orgânica. De fato, zonas grises de atribuições quase sempre conseguem gerar conflitos entre organismos estatais com vocações para a sinergia e não para os embates, resultando, por conta disso, em ineficiências operacionais e de resultados. À custa do cidadão. Se é possível divisar alternativas de superação dessa endemia institucional brasileira, a começar pela boa vontade dos atores em cena, não é dado ao legislador ampliar os espaços de contenciosidade potencial. Certo que no caso presente há o argumento orientado para o interesse dos necessitados: quanto mais poderes-função forem consignados à Defensoria mais habilitada estará para promover as suas tarefas constitucionais. Mas deve-se indagar, em exercício responsável de antecipação, se *concretamente* a medida

²⁰ CONAMP, disponível em

<<http://www.conamp.org.br/Lists/Proposies%20Legislativas/Attachments/73/ADI3943%20inicial.pdf>>. Acesso em 25 de novembro de 2013

²¹ CONAMP, disponível em

<<http://www.conamp.org.br/Lists/Proposies%20Legislativas/Attachments/73/ADI3943%20inicial.pdf>>. Acesso em 25 de novembro de 2013.

impugnada incrementará o acesso à Justiça. Firmemente, deseja-se que sim. Quanto mais armas, em tese, houver para promover a inclusão social, tanto melhor será. De maneira realista e prudente, imaginamos que não. A luta será vencida não tanto pelo número de armas que se tenham, mas pela estratégia que se venham a desenvolver. Nesse ponto, o legislador também não apurou adequadamente os meios para consecução dos fins, sucumbindo ao apelo fácil – e compreensível – do argumento pró-direitos. Não planejou como deveria nem previu que seu intento transportava o próprio germen da implosão. Corremos o risco de novas formas de conflitos interorgânicos e de desperdício de energias humanas e estatais sem ganhos adicionais para a cidadania.²²

O Procurador-Geral da República insere no debate questões como: o já acumulado rol de atribuições da Defensoria Pública e o argumento de que o maior número de legitimados não significa, de imediato, maior proteção aos direitos coletivos. De fato, há que ser refletido o acúmulo de atribuições a um determinado órgão. Dizer que A ou B é competente para propor determinada ação, requer a consciência de que a instituição possui armas para defender tal direito. Do contrário, mais do inócua, a legitimação pode trazer prejuízos aos tutelados, na medida em que a coisa julgada, nos processos de cunho coletivo, pode atingir um número indeterminado de pessoas.

Não parece ser esse o caso da Defensoria Pública. Em geral, todos os seus membros são bastante capacitados e, principalmente, veem de perto a realidade na qual os assistidos estão inseridos. Um órgão sensível às mazelas por que passam grande parte da população brasileira e que vem cumprindo com esforço e dedicação a árdua tarefa que lhe foi incumbido é mais do que competente para atuar em âmbito coletivo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate acirrado acerca da legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor a ação civil pública, não deve ser entendido como uma disputa apenas no plano técnico do direito.

Uma ação civil pública bem fundamentada provoca o judiciário e pode trazer mudanças consideráveis para a sociedade. A relevância desse tipo de ação vai além do plano meramente jurídico, podendo até mesmo influenciar políticas públicas. Vê-se aí a importância desse instrumento ser tão bem produzido pelo legislador.

Difícil encontrar outra explicação para o empenho do Ministério Público em que se entenda inconstitucional a legitimidade da Defensoria Pública, que não seja de ordem política. Como instituição atuante na defesa dos direitos coletivos e difusos, conforme determinado pela própria Constituição Federal, haveria de se pensar que a ampliação do rol de legitimados para esse mesmo tipo de tutela seria benéfico para a sociedade em geral.

Porém, conforme já demonstrado, não é esse o entendimento. O Ministério Público, inclusive, defende a ilegitimidade da Defensoria Pública também na defesa de suas prerrogativas. Não tem como ser outro o entendimento, a partir dos argumentos apresentados na ADI 3943.

Ora, a norma impugnada, ao conferir legitimidade à Defensoria Pública, para propor, sem restrições, ação civil pública, **afeta diretamente a atribuição do Ministério Público**, pois ele é, entre outros, o legitimado para tal propositura. A inclusão da

²² DE SOUZA, Antônio Fernando Barros e Silva. Parecer – ADI 3943-1. Disponível em <<http://www.conamp.org.br/Lists/Proposies%20Legislativas/Attachments/73/adin%203943%20parecer%20PGR.pdf>>. Acesso em 28 de maio de 2012.

Defensoria Pública no rol dos legitimados impede, pois o Ministério Público de exercer, plenamente, as suas atividades, pois concede à Defensoria Pública atribuição não permitida pelo ordenamento constitucional, e mais, contrariando os requisitos necessário para a ação civil pública, cuja titularidade pertence ao Ministério Público, consoante disposição constitucional. (grifo meu).²³

Aliás, a legitimidade para a propositura da ação civil pública é considerada, como já foi dito, concorrente. Isso quer dizer que qualquer um dos legitimados pode propor a ação. Por isso não se sustenta a alegação por parte da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de que a legitimidade da Defensoria Pública afeta diretamente sua atribuição.

Outro ponto digno de destaque é a tendência de alargamento das legitimações ativas em geral. Não só a legitimidade para propor a ação civil pública foi ampliada, também o controle de constitucionalidade abstrato teve a legitimidade ampliada com a Constituição de 1988. Antes disso, apenas o Chefe do Ministério Público da União, o Procurador-Geral da República, tinha legitimidade ativa. Agora existem nove diferentes legitimados para esta ação, que dispensa comentário quanto a sua relevância jurídica, política e social.

Não reconhecer a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública, parece ir de encontro à tendência verificada nas últimas décadas de ver o processo como instrumento.

Nada mais frustrante do que uma ação coletiva, tão importante instrumento de concretização dos princípios constitucionais, ser extinta sem resolução de mérito por consequência de infundados preciosismos.

Nelson Nery Junior afirma que:

Deixar de conceder legitimação para que alguém ou alguma entidade ou organismo possa vir a juízo na defesa de direitos ou interesses difusos ou coletivos é ofender o princípio constitucional que garante o acesso à justiça por meio do exercício do direito de ação judicial. (NERY JUNIOR, 2010, p. 157)

Apesar do entendimento do ilustre jurista, não devemos também nos render a discursos tão somente apaixonados, na busca por legitimidade. O que se pode observar é que tanto a Defensoria Pública, quanto o Ministério Público, usam desse artifício no debate. Os contornos da legitimidade ativa da Defensoria Pública devem ser delimitados de forma objetiva, de acordo com a legislação e, principalmente, com a Constituição. Antes de tudo, cada órgão tem previsão constitucional, não só quanto à sua existência, como também em relação às suas atribuições, e isso deve ser respeitado.

Em cada caso concreto deve ser perquirida a compatibilidade entre o objeto da demanda e as atribuições da Defensoria Pública. Além disso, deve também ser feita uma análise da efetividade, buscando saber se a Defensoria é o órgão adequado para a propositura da ação. Para que essas análises possam ser feitas com isenção e lucidez, o olhar teórico sobre o tema não pode ser deixado de lado.

²³ Disponível

em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?sEQobjetoincidente=2548440>>. Acesso em 25 novembro 2013.

Conclui-se, com esse estudo, que grande parte da controvérsia sobre a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública será resolvida com o julgamento da ADI 3943/2007. A manifestação do Supremo resolverá a questão do ponto de vista judicial. Três são, no mínimo, as possíveis hipóteses de decisão: entender o Supremo que a Defensoria Pública é legitimada irrestrita para a propositura da ação civil pública e, de modo indireto, manifestar-se a favor da constitucionalidade do dispositivo que assim dispõe; dar interpretação conforme a constituição, para que a Defensoria Pública possa somente propor ação civil pública na defesa de direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos; e, por fim, declarar inconstitucional o dispositivo questionado para qualquer tipo de ação civil pública, conforme defende a CONAMP.

De qualquer forma, o debate institucional permanecerá, até porque, o legislador não fica subordinado à decisão do Supremo Tribunal Federal, podendo produzir outra lei que vá de encontro a esse entendimento.

8 REFERÊNCIAS

1 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 528p.

2 CONAMP, disponível em <<http://www.conamp.org.br/Lists/Proposies%20Legislativas/Attachments/73/ADI3943%20inicial.pdf>>. Acesso em 25 de novembro de 2013.

3 DIDIER JR, Fredie & ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual civil: Processo Coletivo*. Volume 4. 6ª edição. Bahia: Editora JusPodium, 2011.

4 Lei 7.347/85, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em 25 de novembro de 2013.

5 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição federal*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 416 p.

6 SOUZA, Antônio Fernando Barros e Silva de. Parecer – ADI 3943-1. Disponível em <<http://www.conamp.org.br/Lists/Proposies%20Legislativas/Attachments/73/adin%203943%20parecer%20PGR.pdf>>. Acesso em 25 de novembro de 2013.

7 ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 270 p.

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Luan Celante Gazolli²⁴

RESUMO

Este trabalho irá demonstrar de forma concisa e didática como vem sendo tratada a atual sistemática da responsabilidade penal das pessoas jurídicas em nossa legislação brasileira em comparação com as premissas penais seculares conquistadas com os passares dos anos. O presente estudo confrontará opiniões contrárias ao tema, passando primeiro por um apanhado histórico até se chegar aos dias contemporâneos, bem como traçará um paralelo entre esses temas frente a atual jurisprudência nacional.

Palavras-chave: Responsabilidade penal objetiva. Pessoa Jurídica. Teoria final da ação.

ABSTRACT

This paper will demonstrate a concise and didactic as it is being treated current system of criminal liability of legal persons in our Brazilian law compared with assumptions secular

²⁴ Graduando em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia - MULTIVIX unidade Nova Venécia-ES.
luan_celante@hotmail.com

criminal conquered with the pass of the years. This study will confront opinions favorable to the topic and other contrary to it, by first passing through a historical to contemporary days to arrive, and will draw a parallel between these current issues facing national jurisprudence.

Keywords: objective criminal liability. Corporations. Final action theory.

1 INTRODUÇÃO

A temática em estudo analisará a grande divergência que assola o sistema jurídico brasileiro sobre a possível responsabilidade penal das pessoas jurídicas frente as premissas penais seculares conquistadas com os passares dos anos, em especial a vedação da responsabilidade penal objetiva.

A problemática surge quando feita a seguinte pergunta: Como um ser fictício criado pelo homem pode ser responsabilizado por suas condutas, tendo em vista ser ele desprovido de consciência e vontade?. Além disso, com a globalização e o nascimentos dos chamados "crimes modernos", acometidos pela maioria das vezes por pessoas jurídicas que violam direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o direito penal passa a sofrer uma certa crise, pois princípios e teorias antes consideradas inquestionáveis, vem sofrendo certas impugnações diante da "metamorfose social". Sendo que adequar as funções penais imediata (repressão penal) e mediata (controle das condutas sociais) as características peculiares das pessoas jurídicas nunca foi questão de fácil solução, ainda mais se analisarmos nossas tradições legais romano-germânico adepta a teoria finalista da ação.

O presente estudo abordará também, as teorias que explicam a natureza jurídica das pessoas jurídicas e qual delas foi adotada no sistema jurídico brasileiro, além disso para melhor compreensão será feito um apanhado histórico desde o surgimento da pessoa jurídica até sua conceituação nos dias atuais.

Abordaremos, a evolução do direito penal e suas teorias até chegarmos na razão pela qual foi afastada a responsabilidade penal objetiva do nosso ordenamento jurídico.

Por fim, o presente artigo buscará fazer um paralelo entre as correntes favoráveis e desfavoráveis a responsabilização penal das pessoas jurídicas, descrevendo suas ideias e fundamentos, para assim se tentar chegar em uma sincronia entre a repressão punitiva estatal contra as condutas ilegais praticadas pelas pessoas jurídicas, sem que com isso seja sufragada premissas penais constitucionais conquistadas com o passares dos anos.

2 BREVE APANHADO HISTÓRICO, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA PESSOA JURÍDICA

2.1 HISTÓRICO

Desde os primórdios até os dias atuais não resta dúvida sobre a extrema necessidade do homem em viver em sociedade, sendo assim com o convívio social é sabido que conflito de interesses podem ocorrer corriqueiramente, ponto este na qual o Estado deve atuar impondo leis regulamentadoras do convívio social.

Não só bastasse o homem buscar o convívio em sociedade, passou o mesmo a formar e organizar grupos com a intenção de se buscar um fim específico que sozinho seria impossível alcançá-lo. Este fenômeno passou a despertar certa curiosidade dos estudiosos do direito, pois relações jurídicas novas estavam surgindo com essa nova formação, contrariando todas as teorias até então conquistadas, em destaque o da personalidade da pessoa natural. Nos dizeres de Gonçalves (2010, p. 214):

O direito não podia ignorar essas unidades coletivas, criadas pela evolução histórica ou pela vontade dos homens, e passou então a discipliná-las, para que possam participar da vida jurídica como sujeitos de direitos, a exemplo das pessoas naturais, dotando-as, para esse fim, de personalidade própria.

Sendo assim, para melhor dividir e entender as relações jurídicas entre essas pessoas que se uniu com o fim específico de alcançar algo em comum, o direito civil passou a afastar a personalidade natural de cada indivíduo daquele aglomerado, passando a criar uma outra personalidade própria aquele grupo, fazendo com que as relações jurídicas das pessoas naturais formadoras do grupo não se misturasse com as relações jurídicas derivadas da relação coletiva comum. Com essa técnica surgiu então o que conhecemos hoje como Pessoa Jurídica.

2.2 CONCEITO

Para chegarmos a um conceito preciso do que venha a ser uma pessoa jurídica, devemos analisar toda sua estrutura legal, bem como a finalidade sob a qual a mesma se funda. Como bem define Gonçalves (2010, p. 215):

A pessoa jurídica é, portanto, proveniente desse fenômeno histórico e social. Consiste num conjunto de pessoas ou de bens, dotado de personalidade jurídica própria e constituído na forma da lei, para a consecução de fins comuns. Pode-se afirmar, pois, que pessoas jurídicas são entidades a que a lei confere personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e obrigações. A sua principal característica é a de que atuam na vida jurídica com personalidade diversa da dos indivíduos que as compõem (CC, art. 50, a contrario sensu, e art. 1.024).

Portanto, em uma definição lato sensu do que seria uma pessoa jurídica poderíamos defini-la como um ser criado pelo homem por meio de lei, atribuindo a ela personalidade jurídica própria para que com isso atue com titularidade nas relações jurídicas que participar, adquirindo direitos e obrigações sempre com o propósito de se direcionar a uma finalidade específica e lícita.

2.3 NATUREZA JURÍDICA

Existem várias teorias no ramo do direito civil que tentam explicar a natureza jurídica das pessoas jurídicas. Alguns doutrinadores de peso como Ihering, Brinz Bekker, Planiol entre outros negam a existência das pessoas jurídicas, alegando que elas nunca existiram e nunca existirão, pois só as pessoas naturais possuem personalidade própria. Para esse posicionamento a doutrina denominou em geral de teorias negativistas. No entanto, hoje em dia essas teorias negativistas possuem pouca influência, servindo meramente para estudos didáticos, haja vista que o maioria esmagadora dos doutrinadores optaram em escolher as teorias afirmativistas ao reconhecerem a existência da pessoa jurídica.

Segundo Gonçalves dentre as teorias afirmativistas que hoje existem, as que mais ganharam destaque no meio jurídico foram as teorias da ficção e da realidade.

2.3.1 TEORIA DA FICÇÃO

A teoria da ficção teve como seu percurso, nada mais nada menos que o ilustre civilista Savigny. O renomado jurista em estudo aprofundado do tema criou a teoria da "ficção legal", na qual explica que a criação da pessoa jurídica é proveniente da ideia abstrata da lei, ou seja, para regular as relações jurídicas dessas pessoas o homem o único detentor de direitos subjetivos, por meio de lei estende as pessoas jurídicas (associações de várias pessoas naturais) capacidade jurídica própria para atender aos fins jurídicos na qual elas se envolvem.

A principal crítica que era e é feita a teoria da ficção de modo genérico é que a mesma não explica a existência do Estado soberano como uma pessoa jurídica, mas sim como uma mera ficção legal, sendo assim chegaríamos a conclusão que as leis que dele se propagam seriam também ficções e como consequência a própria teoria em comento.

2.3.2 TEORIA DA REALIDADE

Confrontando a teoria da ficção, surge então a teoria adotada atualmente pela nossa legislação, a denominada teoria da realidade. Para essa teoria a pessoa jurídica não seria uma ficção criada pela doutrina ou pela lei, mas sim uma realidade, tendo existência própria como as pessoas naturais, porém com algumas peculiaridade.

A teoria da realidade técnica, que é uma subdivisão da teoria da realidade, em que teve como seus divulgadores Saleilles, Colin e Capitant, foi a que melhor definiu a natureza jurídica da pessoa jurídica, ela define que a existência da pessoa jurídica vem da ordem técnica, meio pelo qual o direito encontrou para melhor qualificar os grupos de pessoas que se organizavam para buscar um fim comum. O Estado por meio da lei atribui a personalidade a esses grupos, devendo para tanto os mesmos se enquadrarem nas regras impostas pelo Estado, bem como demonstrarem vontade e objetivos próprios e lícitos para ganharem do Poder Público o aval para adquirirem capacidade como pessoa jurídica. Segundo Gonçalves (2010, p. 219):

O Estado não outorga esse benefício de maneira arbitrária, mas sim tendo em vista determinada situação, que já encontra devidamente concretizada, e desde que se observem determinados requisitos por ele estabelecidos.

Essa teoria foi a adotada pela nossa legislação, podendo a mesma ser encontrada no art. 45 do Código Civil vigente que assim descreve ao mencionar a criação das pessoas jurídicas de direito privado (BRASIL, 2002, n.p):

art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Logo, chegamos a conclusão que para nosso ordenamento jurídico a pessoa jurídica existe e mais do que isto, possui personalidade própria para ser titular de direitos e obrigações nas relações jurídicas de que participar, não se confundindo em nenhum momento com as relações jurídicas de seus sócios.

3 TEORIA DA AÇÃO, E SUJEITO ATIVO NO DIREITO PENAL

Ao partimos da análise aprofundada do direito penal brasileiro, iremos constatar que grande parte das teorias e princípios aqui adotados advém de nossas tradições romano-germânica, tais como a teoria do crime, teoria da ação e entre outros, todas voltadas a comportamentos humanos.

Nas doutrinas atuais muito se menciona sobre a evolução que o direito penal teve se analisado desde o começo do século XIX até os dias atuais, ainda mais no que se refere ao princípio mor da dignidade da pessoa humana na qual fez erradicar dos sistemas jurídicos dos Estados Democráticos de Direito a responsabilidade penal objetiva.

3.1 TEORIA DA AÇÃO

Como é de conhecimento de todos da área jurídica o conceito de crime que adotamos é o analítico, sabemos também que crime é todo fato típico, antijurídico e culpável (sistema tripartido). Dentro do fato típico encontramos as figuras da ação, resultado, nexos causal e tipicidade, sendo assim para esclarecimento da temática estudada abordaremos no presente artigo a figura primordial da ação.

Sabemos que o direito penal não se incomoda com condutas (ações) que não causem lesão a um bem jurídico tutelado, para tanto salvo melhor definição, assim define Capez (2010, p. 138):

[...] conduta penalmente relevante é toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade, típica ou não, mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime.

Embora pareça ser fácil a definição de ação no direito penal, a mesma esta longe de ser, haja vista que a definição de ação que hoje adotamos na nossa legislação pátria, é originária da chamada teoria da ação finalística, teoria esta que sobreviveu sobre uma intensa "batalha intelectual" nos séculos passados com as demais teorias que a época também tentavam definir o que seria uma ação criminosa para o direito penal. Vejamos algumas delas.

3.1.1 TEORIA NATURALISTA OU CAUSAL

Fundada no século XIX em meio as ideias do liberalismo exacerbado da burguesia que posteriormente vieram a causar a Revolução Francesa de 1789, essa teoria foi proveniente do intelecto do doutrinador Franz von Liszt. A respectiva teoria foi criada em meio uma grande preponderância do positivismo jurídico, após o trauma sofrido pelo absolutismo Monárquico. Nesse intermédio histórico, as leis penais eram consideradas absolutas, ou seja, era defeso qualquer interpretação da norma pelo aplicador, não havia margem para discutir o liame subjetivo da ação do agente, muito menos se ela realmente trouxe alguma lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

Segundo Capez (2010, p. 138) " nessa época, a igualdade formal era alcançada por meio de regras genéricas e objetivas, e surgia como eficiente meio de controlar as arbitrariedades do Estado". O lema era: lei se cumpre, não se discute, nem se interpreta. As leis da física eram as

únicas análises que se faziam. Sendo assim, uma pessoa que furtava um doce em uma loja era punida com os mesmos rigores de uma pessoa que furtava uma grande quantidade em dinheiro, ante a objetividade que era empregada às normas penais.

Porém, com o "amadurecimento intelectual" dos estudiosos do direito, em meados do século XX essa teoria começou a perder sua força, eis que ela não acompanhava mais os passos da sociedade, ferindo assim diversos princípios que a época viam ganhando grande força no meio jurídico em destaque o da dignidade da pessoa humana.

3.1.2 TEORIA SOCIAL DA AÇÃO

Proveniente do estudo de Eb. Schimidt, essa teoria foi criada para tentar afastar o exacerbado conceito positivista da teoria da causalidade e tentar encontrar outros meios mais precisos para definir de forma completa o que seria uma conduta penalmente relevante.

Para os adeptos dessa teoria, a conduta para ser penalmente relevante não deveria ser apenas analisada de forma abstrata como na teoria causal, mas sim além da subsunção fática ao tipo penal deveria ser observado também a relevância social do resultado da conduta, pois não é difícil nos depararmos com condutas típicas porém com resultados irrelevantes para a sociedade, como exemplo atual podemos citar o jogo do bicho, que embora seja considerada uma contravenção penal pelo Estado, seu resultado jurídico pouco ou em nada influencia a opinião social.

Com autoridade Jesus (2008, p. 230) define a conduta sob o aspecto da teoria social como "[...] é a realização de um resultado socialmente relevante, questionado pelos requisitos do Direito e não pelas leis da natureza".

Ainda em análise do conceito de conduta sob o enfoque da teoria social, Capez (2010, p. 149) assim à define:

Propõe a teoria da adequação social que um fato considerado normal, correto, justo e adequado pela coletividade não pode ao mesmo tempo produzir algum dano a essa mesma coletividade, e, por essa razão, ainda que formalmente enquadrável em um tipo incriminador, não pode ser considerado típico.

Além disso seria incoerente uma conduta ser considerada crime pelo direito penal e ao mesmo tempo ser enquadrada como socialmente aceita pela coletividade, perdendo assim o direito penal sua função primordial de proteger os bens jurídicos da sociedade.

Porém essa teoria não foi a que prosperou no nosso ordenamento jurídico, pois embora ela tenha vindo para superar o exagero do positivismo da teoria da causalidade, em alguns aspectos a teoria social da ação quase que se assemelha com a teoria da causalidade. Damásio de Jesus foi um dos grandes críticos dessa teoria que soube demonstrar exemplos claros para contraditá-la. Ele menciona que essa teoria, como a causal, dá muita relevância ao desvalor do resultado, sendo que o que realmente importa para o direito penal seria o desvalor da conduta. Cita como exemplo o renomado jurista, que se a conduta nada mais é que um resultado socialmente relevante, então um homicídio culposo deveria sofrer os mesmos rigores de um homicídio doloso, já que o resultado é comum nos dois casos.

Por fim, como acima dito essa teoria por dar destaque ao resultado da conduta e não a seu desvalor não foi aceita pela nossa legislação vigente, pois não resolve de forma clara e concisa as questões da omissão, da tentativa e dos crimes de mero comportamento no direito penal.

3.1.3 TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

Teoria essa criada no final da década de 20 e início da década de 30, teve como seu criador e propagador o renomado jurista Welzel, que com uma ideia revolucionária veio para contrariar e superar todas as demais teorias até então criadas.

A teoria finalista da ação teve como principal função fazer com que o direito penal abandonasse a imputação objetiva direcionada pelas teorias anteriores e migrasse à imputação subjetiva. Com essa teoria os estudiosos do direito passaram a não mais analisar a reprovação dos resultados do ilícito penal, mas sim a conduta do agente causador do ilícito penal. A presente teoria analisa a finalidade da conduta realizada pelo agente, fazendo um verdadeiro juízo de valoração subjetivo das condutas delituosas. Nos dizeres de Capez (2010, p.146) com maestria ele assim menciona:

Não se pode mais aceitar a existência de crimes, ignorando a vontade, como se as pessoas não fossem dotadas de razão e de livre-arbítrio e como se todos os resultados, a priori, fossem idênticos. Não existe conduta relevante para o Direito Penal, se não for animada pela vontade humana.

Sem sombra de dúvida que a teoria finalista da ação propagada por Welzel foi uma evolução positiva na órbita do Direito Penal, pois dosar a reprovação penal na conduta do agente e não no resultado do delito, leva o aplicador do direito à verdadeira função do Direito Penal que é prevenir e reprimir condutas indesejadas pela sociedade, exemplo claro utilizado na doutrina como no item acima também mencionado é referente ao homicídio doloso e culposo, que pela análise da teoria finalística da ação, a primeira situação sofrerá uma reprimenda estatal mais rigorosa, pois a intenção do sujeito ativo foi realmente lesar um bem jurídico tutelado, qual seja à vida, já na segunda a reprimenda penal será demasiadamente fraca, haja vista que a finalidade principal do agente não foi causar o homicídio, mas devido uma inobservância de um dever de cuidado que deveria ter sido observado por um homem médio, o mesmo deverá responder pelo ilícito.

Os adeptos a teoria da finalidade da ação gostam de dividir a ação em dois aspectos analíticos, sendo a primeira subjetiva e a segunda objetiva.

A subjetiva está atrelada a esfera intelectual do agente, nela se compreende o fim que se almeja e os meios de execução que serão utilizados para se chegar a esse fim, já na análise objetiva da ação se encontra a execução dos fatos até então pensados que causarão no mundo real alguma modificação. Caso a execução no mundo real não se conclua de forma planejada como no intelecto do agente, estaremos diante de um delito tentado, ocasião esta que era impossível de se caracterizar nas teorias da causalidade e Social.

Portanto, por ser a mais completa essa teoria foi a adotada em nossa legislação penal, estando a mesma evidente no artigo 18 do código penal, quando é dado o conceito de crime doloso e culposo respectivamente.

3.3 SUJEITO ATIVO DO CRIME

De forma bem simplória podemos conceituar o sujeito ativo do crime como aquele que executa condutas previstas como proibidas na legislação penal. Bitencourt (2006, p. 286; 287) define de forma técnica o sujeito ativo, lecionando que "sujeito ativo é quem pratica o fato descrito como crime na norma penal incriminadora. Para ser considerado sujeito ativo de um crime é preciso executar total ou parcialmente a figura descritiva de um crime".

Convém mencionar que definir de forma geral o sujeito ativo do crime não é uma das mais difíceis missões, o problema surge quando analisado de forma específica o caráter do sujeito ativo do delito, ou seja, quem realmente está praticando o respectiva restrição penal, aí perguntamos: Pode a pessoa jurídica ser sujeito ativo de crime, após a análise da teoria finalística supra mencionada adotada no nosso sistema penal?.

4 DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Se analisarmos a risca as teorias que sustentam a repressão punitiva estatal, veremos que a teoria finalista da conduta nos levam a definir o sujeito ativo do delito como somente o ser nascido de mulher.

No entanto, o poder constituinte originário na promulgação da Magna carta de 1988, atento as evoluções sociais não só do Brasil, mas em todo mundo, com o surgimento dos chamados crimes modernos, cuja lesão jurídica se da na maioria das vezes a direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos, resolveu em seu bojo legislativo nos artigos 173, §5º e 225, § 3º acrescentar a pessoa jurídica responsabilidade penal as suas condutas lesivas, eis serem as principais propulsoras desses novos tipos penais.

Diante desse impacto legislativo, eis que nosso sistema penal ainda não estava preparado para receber essa incumbência, uma enxurrada de críticas foram feitas a postura do Estado em estar atribuindo a pessoa jurídica responsabilidade penal.

Geralmente sustentada pelos adeptos da teoria da ficção, na qual negam a existência da pessoa jurídica como um ser de personalidade própria, temos como seus principais defensores, os renomados juristas Savigny e Feuerbach. Baseados no brocardo jurídico "*societas delinquere non potest*", ou seja, a pessoa jurídica não pode cometer delitos, os adeptos dessa corrente sustentam várias teses para descaracterizar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Sustentam que tendo em vista a adoção da teoria finalista da ação pelo nosso Código Penal, seria impossível analisarmos a conduta delitiva praticada pela pessoa jurídica, haja vista que por ser um ente fictício criado pela mente humana e pela lei, ela não apresenta nem consciência e nem vontade própria, sendo estas exclusivas de seus membros e sócios, estes sim detentores da responsabilidade penal.

Além do mais ao reconhecermos a responsabilização penal da pessoa jurídica estaríamos afastando a análise do desvalor da conduta e se atentando ao resultado provocado por ela, ressuscitando assim a terrível responsabilidade penal objetiva que a muito assolou o passado sombrio do direito penal.

Em que pese a culpabilidade, os adeptos da teoria da ficção mencionam que por ter o homem consciência e vontade para exercer suas atividades, somente ele e mais ninguém poderia ter

responsabilidade penal, haja vista que diante dessas características somente ele pode entender o caráter ilícito da conduta, logo, podendo se mensurar sua culpabilidade ao analisarmos o ilícito penal cometido para a adequação da correta repressão penal.

Diferente seria se fossemos analisar a culpabilidade da pessoa jurídica, eis que diante de sua oca subjetividade não se pode exigir dela critérios para uma análise justa e correta. Sendo que o grau de culpabilidade se mede pelos critérios normais de se evitar a conduta praticada, ou seja, exigir do sujeito ativo exigibilidade de conduta diversa da praticada, situação essa impossível de ser mensurada na pessoa jurídica.

Seguindo os passos de Fernando Capez, Damásio de Jesus, entre outros, comungamos do entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência ao reconhecermos a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Diferente do que pensam os adeptos da teoria da ficção a pessoa jurídica possui sim vontade própria e distinta de seus membros, pois todas as atitudes que lesionem um bem jurídico tutelado devem receber a reprimenda penal. O que difere a pessoa jurídica do homem agente ativo do crime é que ela tem sua vontade concretizada pela deliberação de voto de sua assembleia ou do seu Conselho Administrativo, sendo que essas vontades coletivas tem a potencialidade de cometer crimes tanto quanto uma vontade individualizada, portanto devem sim receber sanções penais.

Além disso, sabemos que o direito por estar estritamente interligado com a sociedade se torna dinâmico e muda conforme os passares dos anos, e ao aceitarmos uma exceção a teoria finalista da ação não seria algo errado ou impossível, mas sim uma verdadeira adequação a uma teoria criada no início da década de 30 aos dias atuais, sem que com isso seja descaracterizada sua finalidade, qual seja, punir de forma justa e equilibrada condutas que lesem bens juridicamente tutelados pelo Estado.

Infundada é a alegação de que ao reconhecermos a responsabilidade penal da pessoa jurídica estaríamos ressuscitando a punibilidade objetiva do direito penal, pois como dito acima conforme a sociedade se transforma o direito por meio das leis também se modifica para acompanhá-la, e com o surgimento dos denominados crimes modernos, cujo autores na maioria das vezes são as pessoa jurídicas que os cometem sempre com a finalidade de se obter lucros exorbitantes pouco se importando com a sociedade em geral, o Estado detentor da repressão penal não poderia ficar inerte diante dessas atitudes lesivas e desleais, devendo o mesmo criar mecanismos para a prevenção e punição desses novos tipos penais.

Afinal o que vale mais, a imutabilidade de teorias seculares do direito penal ou a adequação delas aos dias atuais para combaterem aos novos crimes modernos praticados pelas pessoa jurídicas, como os ambientais e os tributários?

Embora não neguemos o reconhecimento das conquistas seculares do direito penal, em destaque a teoria finalista da ação, não devemos por toda a vida ficarmos sedimentados a uma teoria que foi criada no início da década de 30, não que com isso deixemos de aplicá-la, mas pelo contrário, devemos aplicá-la sempre, eis ser perfeitamente correta e justa para a análise da conduta lesiva do homem, porém quando estivermos frente a crimes modernos, como por exemplo, os ambientais e tributários, sendo o sujeito ativo pessoa diversa do ser humano, essa teoria deve ser deixada de lado ou ser adequada a atual sistemática social, lembrando que no último caso devemos fazer isto sempre avocando o respaldo legal do constituinte de 88 para a aplicação da

ordem e da justiça, observando as peculiaridades da pessoa jurídica para que não haja na dosimetria da pena arbitrariedades do aplicador do direito, para que assim o caráter coercitivo da pena seja corretamente aplicado.

Capez (2010, p. 175) em espetacular tese menciona:

Ora, se foi vontade do constituinte e do legislador proteger bens jurídicos relevantes, tais como o meio ambiente e a ordem econômica, contra agressões praticadas por entidades coletivas, não há como negar tal possibilidade ante argumentos de cunho individualista, que serviram de fundamento para a Revolução Burguesa de 1789. A sociedade moderna precisa criar mecanismos de defesa contra agressões diferentes que surgem e se multiplicam dia a dia. Assim é o finalismo, o funcionalismo e outras teorias do Direito Penal que devem adaptar-se à superior vontade constitucional, e não o contrário.

Referente a culpabilidade, de fato fica quase que limitada sua análise na pessoa jurídica, ficando prejudicadas questões como a imputabilidade e consciência do injusto penal, mas como dito antes, devemos utilizar das características específicas da pessoa jurídica para se mensurar a reprovabilidade de seus atos, podendo nesse caso fazermos uso da exigibilidade de conduta diversa como orientado por Capez (2010, p. 172) que em síntese menciona:

Embora não se possa falar em imputabilidade e consciência do injusto, a reprovabilidade da conduta de uma empresa funda-se na exigibilidade de conduta diversa, a qual é perfeitamente possível. Quando, comparando o comportamento de um ente coletivo com aquele que uma outra associação teria no mesmo caso, é possível dizer se o ordenamento jurídico poderia ou não exigir conduta diversa de sua parte.

Embora a constituição tenha descrito em sua essência legal a possibilidade da pessoa jurídica sofrer responsabilidade penal, não só Bitencourt como os demais adeptos a teoria da ficção negam a clareza dos textos legais dos artigos 225, §3º e 173, § 5º da CF/88 que assim descrevem (BRASIL, 1988, n.p):

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

[...]

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Bitencourt menciona que da análise do art. 173, § 5º da CF/88, chegamos a conclusão que a responsabilidade penal dos dirigentes da pessoa jurídica não se confunde com a responsabilidade da mesma, eis que diante de sua natureza específica receberá ela punições próprias que não seriam as penais.

Alega Bintecourt ainda (2006, p. 288):

No Brasil, a obscura previsão do art. 225, § 3º, da Constituição Federal, relativamente ao meio ambiente, tem levado alguns penalistas a sustentarem, equivocadamente, que a Carta Magna consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica. No entanto, a responsabilidade penal ainda se encontra limitada à responsabilidade subjetiva e individual.

Data vênua a opinião do ilustre doutrinador e de seus seguidores, com a promulgação da constituição de 88 não houve qualquer dúvida sobre a vontade do legislador em instituir a pessoa jurídica responsabilidade penal em suas condutas, ainda mais quando voltadas a lesão de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos como o meio ambiente e a ordem tributária, prova disso foi a posterior publicação da lei 9.605/95, responsável em definir os crimes ambientais, sendo que em seu complexo normativo deixou claro e evidente a responsabilidade penal das pessoa jurídicas causadoras de danos ambientais, bem como as penas peculiares a sua característica. Vejamos a transcrição esclarecedora de seu artigo terceiro (BRASIL, 1995, n.p):

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Como dito, o legislador não deixou nenhuma dúvida sobre sua intenção de se aplicar a pessoa jurídica a reprimenda penal do Estado, bastando apenas fazermos uma simples interpretação literal do dispositivo supra transcrito no que se refere ao emprego da conjunção "e".

A quem sustente ainda que o Estado não estaria observando o princípio da intervenção mínima do direito penal ao atribuir a responsabilidade penal nas pessoas jurídicas, alegam que a pessoa jurídica deveria ser sancionada somente na seara cível e administrativa.

No entanto, esse raciocínio não é o correto, pois como sabemos o direito penal tem a função de analisar no meio social quais são os bens sociais juridicamente relevantes para receber sua proteção, a exemplo o meio ambiente, sendo que uma pessoa jurídica que degrada grande área de reserva ambiental para implementar suas atividades exploradoras com sua desenfreada sede de lucro não pode ter suas condutas analisadas apenas por um simples processo administrativo ou até mesmo civil, embora seja inquestionável as sanções dessas searas jurídicas, sabemos que a principal sanção é do direito penal, eis ser o ramo do direito escolhido para tal função.

Logo, praticado o fato típico e lesionado o bem jurídico protegido pela norma, independente de quem a praticou, pessoa física ou jurídica, deve receber a sanção educativa do Estado.

É claro que nem todos os delitos podem ser praticados pelas duas figuras, pois existem delitos que por suas características o sujeito ativo somente pode ser o homem, mas o legislador deixou claro principalmente com a edição da lei 9.605/95 que o principal intuito do direito penal foi frear as constantes lesões ambientais que as pessoas jurídicas vem cometendo no cenário nacional.

O que causou tanta discussão no sistema jurídico, foi que o constituinte de 88 ao implementar a responsabilidade penal na pessoa jurídica, não se atentou em antes a adequar essa ideia no sistema penal e processual penal brasileiro, fazendo com que a sua imposição relâmpago batesse de frente com as nossas premissas penais e processuais seculares, na qual são totalmente voltadas as condutas humanas.

Sendo que embora tenha ocorrido essa falha do constituinte originário de 88, não devemos ignorar a sua principal intenção, que foi proteger os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos cidadãos que vem sendo lesionados constantemente pelas pessoa jurídicas, sendo que seus sócios na maioria das vezes vem utilizando de instas má-fé aproveitando-se da capa protetora da instituição jurídica para cometerem esses nefastos delitos na busca desenfreada de lucros, escapando sem qualquer punição ante a dificuldade do aplicador do direito em individualizar a conduta de cada pessoa física daquela incorporação.

Resta claro mencionar também que a punição não deve só recair sobre a pessoa jurídica, mas sim a todas as pessoas físicas que deram os primeiros passos dentro da incorporação para cometer a respectiva conduta penal, conforme menciona o parágrafo único do artigo 3º da lei 9.605/95.

Porém essa punição conjunta não pode ser considerada um pressuposto de admissibilidade da denúncia como vinha sendo considerado por alguns julgados do STJ e inclusive do STF, na qual faziam reverências a teoria da dupla imputação, sob pena de ambas as partes ficarem impunes caso houvesse alguma complicação em definir qual pessoa física contribuiu para a ocorrência do fato lesivo acometido pela pessoa jurídica, sendo que hoje essa situação descrita é a principal problemática para se punir penalmente uma pessoa jurídica perante nosso sistema penal, haja vista o reconhecimento maciço da jurisprudência da Suprema Corte em reconhecer a punibilidade da pessoa jurídica.

Todavia em precedente recente a 1ª Turma do STF, em julgamento do Recurso Extraordinário 548181 de relatoria da Ministra Rosa Weber, ocorrido em 06/08/2013, os ilustres ministros entenderam por maioria de voto não ser necessário o processamento concomitante de pessoa física que tenha contribuído para a lesão jurídica provocado pela pessoa jurídica, para que esta também seja punida penalmente.

Inconformados com o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, os adeptos da teoria da ficção passaram a sustentar a tese de que a Suprema Corte ao reconhecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica estaria ferindo o princípio da individualização da pena, tendo em vista que as consequências penais sofridas pela pessoa jurídica afetaria de forma indireta pessoas inocentes que atuam dentro da empresa, como por exemplo, os sócios minoritários ou aqueles que votaram em assembleia contra o ato que culminou a lesão jurídica. Mas Capez (2010, p. 173), em sua esplêndida obra menciona:

Os sócios que não tiveram culpa não estão recebendo pena pela infração cometida pela empresa, mas apenas suportando efeitos que decorrem daquela condenação, do mesmo modo que a família do preso padece maiores dificuldades econômicas enquanto este, arrimo do lar, cumpre sua pena.

Portanto, não há que se falar em supressão ao princípio da individualização da pena, mas somente em consequências penais reflexas logicamente previstas e suportáveis, não provocando qualquer lesão a direito fundamental.

5 CONCLUSÃO

Da análise do presente artigo observamos que entre os estudos realizados na área das ciências humanas o Direito é uma das matérias sob a qual a sociedade não pode deixar de pesquisar a fundo, eis ser essencial para sua "organização" coletiva. E como a sociedade o direito não pode deixar de evoluir, devendo o mesmo estar sempre em sincronia com as relações jurídicas atuais.

Podemos afirmar ainda, que o direito sem sociedade não existe, e vice e versa, não é em vão a criação do brocardo jurídico "ubi societas ibi jus".

Sendo assim, longe de criticarmos as teorias cíveis e penais acima explanadas, eis serem essenciais para entendermos o sistema jurídico na qual foram embasadas nossas leis, podemos observar que embora algumas teorias seculares sustentem os alicerces do nosso sistema repressivo, em destaque a teoria finalista da ação, não devemos ficar sedimentados a ela de forma a ignorar os avanços sociais, na qual fazem surgir a cada dia novos tipos penais, denominados até então pela doutrina como crimes modernos, cujo seus maiores agentes ativos são as pessoas jurídicas que usadas por seus sócios como escudo protetor, eis ser quase impossível individualizar suas condutas ilícitas, estraçalham direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos, na busca desenfreada de lucro.

Para isso, o Estado por ser o detentor do poder dever de regular o convívio social deve ficar atento a essas novas práticas delitivas e criar mecanismos eficazes na prevenção e repressão desses bens jurídicos lesados, mesmo que o sistema repressivo atual não esteja devidamente adequado as características da pessoa jurídica, eis ser totalmente voltado as ações humanas.

Observamos também, que a Suprema Corte assim como nós vem adotando em suas jurisprudências o entendimento de que a pessoa jurídica possui sim capacidade para responder penalmente pelas suas condutas lesivas, principalmente quando voltadas a prática de crimes ambientais ou contra a ordem econômica, e tal posicionamento não significa qualquer afronta a princípios penais ou teorias, mas apenas o cumprimento do mandamento constitucional por parte do aplicador do direito.

Além disso, não reconhecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica simplesmente por acreditar ser imutável a teoria finalista da ação, seria algo totalmente incompreensível, embora louvável a referida teoria, a mesma poderia ser considerada absoluta na época na qual foi criada, eis estar em conformidade com os acontecimentos históricos que a fundaram, sendo que as relações jurídicas contemporâneas e o clamor social pugnam pela evolução da mesma para se alcançar a tutela dos novos bens jurídicos a serem protegidos, diante de seus antigos (pessoa física) e novos (pessoa jurídica) sujeitos ativos do crime.

6 REFERÊNCIAS

1. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [s.d]. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 nov. 2013
2. _____. **Código Civil Brasileiro de 2002**. [s.d]. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 nov. 2013

3. _____. Lei 9.605/95: lei de crimes ambientais. [s.d]. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 21 nov. 2013
4. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, volume 1** / Cezar Roberto Bitencourt. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
5. CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)** / Fernando Capez. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
6. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral** / Carlos Roberto Gonçalves. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
7. JESUS, Damásio E. de. **Direito penal, volume 1: parte geral** / Damásio E. de Jesus. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

A COMPENSAÇÃO DOS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL

Patrícia Buzatto Merlin²⁵

RESUMO

A compensação dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal se apresentou de início através de legislação que deu ao referido Órgão Público a possibilidade de exercê-la de ofício. Posteriormente, surgiram novas tratativas legais que foram evoluindo até chegar à atual redação do artigo 74 da Lei 9.430 de 1996. Até o atual texto, a sistemática da compensação destes tributos sofreu diversas alterações, o que gerou dúvidas ao longo de sua evolução. Conclui-se que esta evolução facilitou a forma da compensação destes tributos pelo contribuinte, porém, se criou várias incertezas sobre o tema.

A obra pretende estabelecer os conceitos básicos da compensação tributária e a evolução dos institutos legais sobre o tema para que se alcance a solução dos conflitos que foram criados.

Palavras-chave: Extinção do crédito tributário. Compensação tributária. Secretaria da Receita Federal. Lei nº 9.430/96.

ABSTRACT

The compensation of taxes administered by the Federal Revenue Secretariat presented the beginning through legislation that gave the Public Agency the opportunity to exercise it craft. Subsequently, they came new legal negotiations that have evolved up to reach the current

²⁵ Patrícia, Buzatto Merlin, graduanda em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia – ES. E-mail: patmerlin_nv@hotmail.com.

wording of article 74 of Law 9430 1996. Until the current text, the systematic compensation of these taxes has undergone several changes, which raised doubts over its evolution.

It is concluded that these developments facilitated the form of compensation of these taxes by the taxpayer, but it created many uncertainties about the topic. The work has pretended to establish the basics concepts of the tax offset and the evolution of legal institutions on the topic in order to reach the solution of the conflicts that have been created.

Keywords: Extinction the tax credit. Tax offset. Federal Revenue Secretariat. Law No. 9.430/96.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo apresentar o instituto da compensação tributária, principalmente em relação aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, trazendo bases conceituais iniciais do que é a compensação tributária e de como se deve proceder para sua efetivação junto a Receita Federal Brasileira, de acordo com o que foi estabelecido legalmente pela Constituição Federal, Código Tributário Nacional e demais instrumentos normativos.

O artigo desenvolve através da demonstração evolutiva da legislação ao passar dos anos, com foco na apresentação fática e jurídica da compensação tributária federal e suas respectivas nuances criadas pela legislação, além da análise das controvérsias criadas e soluções alcançadas.

O estudo do tema possui grande importância no atual cenário legislativo tributário, pois cada vez mais aumentam o número de Declarações de Compensação apresentadas pelos contribuintes com intuito de verem extintos os seus débitos tributários devidos à Secretaria da Receita Federal através da compensação com créditos pagos indevidamente ou a maior. Medida esta que beneficia o contribuinte, já que se torna desnecessário o ajuizamento de ações de repetição do indébito fiscal que tramitam por um longo tempo e acabam por se restituírem através do regime de precatórios.

Enfim, o estudo pretende resolver discussões surgidas pelo grande número de leis publicadas num curto espaço de tempo que regularam a compensação dos tributos administrados pela SRF e, também, as diversas regulamentações dadas a estas leis pela Receita Federal através de Instruções Normativas. Discussões a respeito de qual lei deverá ser aplicada ao caso concreto, em que hipóteses a compensação não será permitida, e quando será realmente extinto o crédito tributário pela compensação.

2 A COMPENSAÇÃO COMO FORMA DE EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

2.1 O CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Dentro de um conjunto complexo de fases até a perfeita exigibilidade do tributo, o crédito tributário se caracteriza como o quarto e último momento deste conjunto. Inicialmente observamos o fato gerador que é um fato jurídico insculpido pelo legislador tributário dentro de uma norma, capaz de gerar, caso o sujeito passivo venha a realizá-la, uma situação em que

nascerá uma obrigação. O Código Tributário Nacional traz a definição de fato gerador, dividindo-o em fato gerador da obrigação principal e fato gerador da obrigação acessória conforme seus artigos:

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

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.²⁶

Após o advento do fato gerador operado no mundo fático, nasce o segundo momento que é a obrigação tributária. Com a obrigação tributária temos uma relação obrigacional entre credor e devedor, ou seja, entre Estado e contribuinte, nas palavras de Hugo de Brito Machado “[...] vínculo jurídico por força do qual o particular se sujeita a ter contra ele feito um lançamento tributário”²⁷. Ainda, “A obrigação tributária, vale dizer, o poder jurídico de criar o crédito tributário [...]”²⁸.

Com a obrigação tributária nascida, o Estado serve-se de um procedimento denominado de lançamento tributário, terceira fase do conjunto, fase esta em que o sujeito ativo da relação o faz para poder exigir do sujeito passivo o pagamento do tributo. O artigo 142 do Código Tributário Nacional traz a definição de lançamento tributário, vejamos:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.²⁹

Para Hugo de Brito Machado:

Lançamento tributário, portanto, é o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, identificar o seu sujeito passivo, determinar a matéria tributável e calcular, ou por outra forma definir o montante do crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade cabível.³⁰

Por fim, com o lançamento tributário, surge o crédito tributário que a partir deste ponto torna-se exigível o tributo e sabe-se quem é quem (sujeito passivo e ativo), sabe-se o fato gerador, base de cálculo, alíquota, prazo, etc. Com o lançamento tributário sai-se da situação que já tem o vínculo, mas não se pode cobrar, para a situação em que se poderá cobrar do contribuinte a partir do crédito tributário constituído.

Para melhor fechar o conceito de crédito tributário, após a análise das fases anteriores ao seu surgimento, observemos a definição dada por Hugo de Brito Machado:

²⁶ Código Tributário Nacional. Brasília, 25 de outubro de 1966, [s.p].

²⁷ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 180 – 181.

²⁸ Id. *Ibid.*, p.181

²⁹ Código Tributário Nacional. Brasília, 25 de outubro de 1966, [s.p].

³⁰ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 182.

Crédito tributário, portanto, é o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional).³¹

2.2 A EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Antes de ser discutida a compensação, é necessário entender o funcionamento da extinção do crédito tributário no ordenamento jurídico tributário brasileiro.

A extinção do crédito tributário é o desaparecimento do crédito que o Estado tem contra o sujeito passivo da relação obrigacional tributária advinda de um ato ou fato jurídico constituidor do respectivo crédito.

No âmbito da Receita Federal, a formalização do crédito tributário ocorre através de auto de infração lavrado por auditor fiscal da Receita Federal (fiscalização externa) ou por notificação fiscal expedida pelo órgão que administra o tributo (fiscalização interna).

O Decreto nº 70.235/72, em seu artigo 9º, traz:

Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.³²

Portanto, a legislação indica como deve ser constituído o crédito tributário através da formalização por meio de auto de infração ou notificação fiscal. Caso a administração pública formalize o crédito por meio de documento diverso, não prescrito em lei, como por exemplo, um aviso de cobrança, este será irregular, podendo o sujeito passivo pedir-lhe sua extinção.

Também poderá ser extinto o crédito tributário se a administração pública no momento da formalização do crédito não observar os requisitos dos artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235/72:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

- I - a qualificação do autuado;
- II - o local, a data e a hora da lavratura;
- III - a descrição do fato;
- IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;
- V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;
- VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterá obrigatoriamente:

- I - a qualificação do notificado;
- II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;
- III - a disposição legal infringida, se for o caso;

³¹ Id. Ibid., p.181

³² Decreto nº 70.235. Brasília, 6 de março de 1972, [s.p]

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.³³

Ou seja, na inexistência de qualquer desses requisitos no ato da formalização tanto da notificação de lançamento, quanto no auto de infração, dará causa ao pleiteio de extinção do crédito tributário pelo contribuinte. Todavia, a Fazenda poderá constituir novo documento, nascendo mais uma vez o crédito tributário pautado na mesma obrigação tributária, já que esta não sofre extinção no caso de mero erro formal e não fora atacado o mérito da exigência.

A extinção do crédito tributário deve obedecer ao estabelecido em lei, ou seja, somente a lei pode trazer as hipóteses em que ocorrerá a extinção do crédito tributário. O Código tributário Nacional traz essa restrição em seu artigo 97, inc. VI, que dispõe: “Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.”³⁴

Portanto, conclui-se que o rol das modalidades de extinção do crédito tributário trazido no CTN em seu artigo 156 é *numerus clausus*. Porém, há doutrinadores que divergem deste posicionamento, admitindo outras possibilidades de extinção do crédito tributário que não estão estabelecidas no art. 156 do CTN.

2.3 A COMPENSAÇÃO

O artigo 368 do Código Civil traz a definição de compensação para o direito privado, prevendo: “Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.”³⁵

O artigo 170 do Código Tributário Nacional traz a definição de compensação para o direito tributário.

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.³⁶

Como podem ser observados, os principais dispositivos legais a respeito do tema trazem diferenciações sobre as características do instituto da compensação no direito privado para o direito tributário. No direito privado a compensação não se faz exigir de uma lei específica para sua ocorrência, também não pode ser realizada na hipótese de uma obrigação ainda não vencida conforme artigo 369 do Código Civil: “A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.”³⁷

³³ Id. Ibid., [s.p].

³⁴ Código Tributário Nacional. Brasília, 25 de outubro de 1966, [s.p].

³⁵ Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002, [s.p].

³⁶ Código Tributário Nacional. Brasília, 25 de outubro de 1966, [s.p].

³⁷ Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002, [s.p].

Adentrando no artigo 369, no que tange ao vencimento das dívidas para efeito de compensação no direito civil, o Desembargador Nery Junior traz maiores esclarecimentos:

Dívidas vencidas são aquelas que se tornaram exequíveis porque verificado o termo final do prazo de cumprimento da obrigação e as que já podem ser exigidas, ou porque não foi ajustada época de pagamento e o credor pode exigí-las imediatamente, ou porque se deu o implemento da condição que suspendia a eficácia da obrigação condicional, ou, ainda, porque ocorreu fato que justificou seu vencimento antecipado.³⁸

Na compensação do direito civil, mesmo que o credor não concorde, o devedor pode impô-la, pois nesta se dá ao seu interesse.

A compensação como forma extintiva do crédito tributário, conforme já visto, vem estabelecida, no Código Tributário Nacional: “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: II - a compensação [...]”.³⁹

E explicado no mesmo diploma legal em seus artigos:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.⁴⁰

Através da leitura dos dispositivos legais acima, observa-se que, diferentemente da compensação do direito civil, a compensação tributária necessita de uma lei que venha a regular como poderá ser realizada a compensação com o fito de extinguir o crédito tributário constituído contra o sujeito passivo da relação obrigacional tributária. Portanto, a lei deve estabelecer expressamente a compensação, estipulando em seu texto todas diretrizes que o sujeito deve se enquadrar e garantias para poder realizá-la.

Outra característica da compensação tributária que destoa da compensação do Código Civil é a desnecessidade de a dívida estar vencida. O parágrafo único do art. 170 estabelece que a lei deverá trazer a forma de calcular o crédito vincendo do contribuinte para efeito de compensação, não podendo a redução ser superior a 1% (um por cento) ao mês, e deverá ser contada da data da compensação para a data do vencimento.

³⁸ NERY Jr, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 5ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. p. 439.

³⁹ Código Tributário Nacional. Brasília, 25 de outubro de 1966, [s.p].

⁴⁰ Código Tributário Nacional. Brasília, 25 de outubro de 1966, [s.p].

Por fim, tem-se que a compensação é um dos resultados advindos das relações obrigacionais, uma pessoa ao mesmo tempo credora e devedora de outra não poderia cobrar seu crédito sem dever pagar seu débito. É, por assim dizer, uma consequência natural das obrigações. Portanto, a compensação está dentro da área dos direitos de propriedade, direito este protegido pela égide da Constituição Federal, e, além deste, outras são as bases constitucionais protetivas do direito à compensação.

3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA COMPENSAÇÃO NA RECEITA FEDERAL BRASILEIRA

O instituto da compensação tributária no Brasil passou por diversas transformações legislativas ao longo dos anos. O Brasil vivenciou principalmente no âmbito dos tributos federais, uma série de modificações que levaram a diversos desentendimentos tanto doutrinários quanto jurisprudenciais.

O ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu diversas formas de se compensarem os tributos federais. Passamos de simples disposições prevendo a possibilidade de existir a contribuição de tributos para formas de compensações em que poderia o sujeito passivo da relação tributária receber de ofício da Administração Pública a informação de que seus tributos devidos seriam compensados com excedentes pagos anteriormente, efetuação de compensação pelo próprio sujeito passivo em seu exercício contábil cotidiano e realização da compensação dos tributos pela Secretaria da Receita Federal, dependendo de prévia declaração do contribuinte. Sem contar, ainda, diversas formas procedimentais de realizar a compensação, diversas restrições que aumentaram e diminuíram ao longo do tempo através da edição de Instruções Normativas editadas pela Receita Federal do Brasil, Medidas Provisórias e Leis Ordinárias do que se poderia incluir como créditos e débitos compensáveis, como, quando, e de que forma procedê-los.

Enfim, a análise histórica, passo-a-passo, de cada instituto normativo se fará importante para que seja compreendido o instituto da compensação de tributos federais para que possamos entender como é realizado hodiernamente.

3.1 CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – LEI Nº 5.172 DE 25 DE OUTUBRO DE 1966

A primeira vez em que a compensação tributária apareceu foi com o próprio Código Tributário Nacional, este nasceu como Lei Ordinária de número 5.172 em 1966 e foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com status de Lei Complementar. A Constituição Federal não designou que, em matéria de tributação, deveria se estabelecer o instituto da compensação por lei complementar. Assim, com esse pensamento, conclui Antonio Carlos Antunes Junior:

Portanto, podemos concluir que o direito à compensação é autorizado mediante disposições legais, ou seja, infraconstitucionais, conforme as disposições do artigo 170, *caput*, do CTN. Desta forma, sendo uma prerrogativa do legislador, a compensação aceitará vedações, restrições e condicionamentos criados por este, desde que mediante lei.⁴¹

⁴¹ ANTUNES Jr, Antonio Carlos. *Compensação tributária – breve análise*. Disponível em <<http://jusvi.com/pecas/2598>>. Acesso em 30 nov. 2013.

O Código Tributário Nacional trouxe em seu artigo 170 a previsão da compensação como forma de extinção do crédito tributário e deixou a cargo da lei o estabelecimento das condições as quais deverá observar. Vejamos:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.⁴²

Como é possível observar na leitura do artigo, o primeiro dispositivo legal se mostrou vazio, pois trouxe apenas a possibilidade de se poder realizar a compensação através da edição de outra lei. Assim, o Código Tributário Nacional, apesar de prever a compensação, se eximiu de estabelecer o seu procedimento e hipóteses em que poderiam ser realizadas, deixando a cargo de lei ordinária tal atributo.

Vista a necessidade de uma regulamentação sobre o tema, já que o artigo 170 do Código tributário Nacional por si só não produziria o efeito pretendido, pelo princípio da legalidade estrita que deve ser obedecido no direito tributário e pelo o que está prescrito no próprio texto do dispositivo, surgiram diversas leis para disciplinar o tema.

3.2 DECRETO-LEI Nº 2.287 DE 23 DE JULHO DE 1986

Cerca de 20 anos depois, publicou-se o primeiro dispositivo legal que trazia na prática como poderia se proceder a uma compensação de tributos.

Foi através desta legislação, em seu art. 7º, que se estabeleceu a compensação de ofício, ou seja, o fisco poderia, através de autoridade competente, e verificada a existência de débitos, proceder com a compensação de créditos tributários do contribuinte, antes que fossem restituídos.

O instituto da compensação de ofício perdura até hoje no sistema de compensação tributário brasileiro dentro da Receita Federal, todavia, outras normas foram editadas a respeito do tema, além do art. 7º do Decreto-Lei nº 2.287/86 com redação atualizada pelo artigo 114 da Lei nº 11.196/2005, há o artigo 73 da Lei nº 9.430/96 e o artigo 6º do Decreto nº 2.138/97 disciplinando o tema.

3.3 LEI Nº 8.383 DE 30 DE DEZEMBRO DE 1991

A próxima criação legislativa significativa, no âmbito da compensação tributária, surgiu em 1991 com a Lei nº 8.383. Com o advento desta lei surgiu, pela primeira vez, a possibilidade de o contribuinte, por iniciativa própria, proceder à compensação tributária e extinguir o crédito tributário por intermédio dela.

Vejamos o artigo 66 da Lei nº 8.383/91 em seu texto original.

Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a

⁴² Código Tributário Nacional. Brasília, 25 de outubro de 1966, [s.p].

compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes.

§ 1º. A compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie.⁴³

Portanto, permitiu-se, por parte do contribuinte, que fosse realizada a compensação dos tributos. Porém, como visto na leitura dos dispositivos legais, era necessária a observância de alguns requisitos para que o contribuinte pudesse ver seu crédito compensado. Os requisitos eram o da necessidade de os tributos que fossem objeto da compensação serem da mesma espécie e a de que os tributos fossem vincendos, ou seja, provenientes de períodos subsequentes.

3.4 LEI N O 9.430 DE 27 DE DEZEMBRO DE 1996

Com a Lei número 9.430 de 1996 a sistemática da compensação tributária em relação aos tributos administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil sofreu uma grande evolução.

Como podemos observar nos tópicos anteriores, essa sistemática que se iniciou com a simples previsão no artigo 170 do Código Tributário Nacional da possibilidade de se compensar os tributos através da edição de lei, passando pela compensação realizada pela Receita Federal de ofício como visto no Decreto-Lei nº 2.287/86, e a compensação realizada pelo próprio contribuinte em relação a tributos de mesma espécie e mesma destinação constitucional que são sujeitos a lançamento por homologação e administrados pela Receita Federal através da Lei nº 8.383/91. Temos com a Lei nº 9.430/96 e alterações a hipótese de se poder compensar não só os tributos da mesma espécie e destinação constitucional, mas qualquer tributo administrado pela Secretaria da Receita Federal, subtraído as exceções previstas em lei.

A grande evolução nesse instituto se deu com a possibilidade de se compensar débitos e créditos referentes a quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, sendo necessário apenas um Pedido de Compensação feito pelo contribuinte e direcionado a Secretaria da Receita Federal.

4 SISTEMÁTICA CONTEMPORÂNEA DA COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA NA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL À LUZ DA LEI 9.430/96 E SUAS ALTERAÇÕES

A Lei nº 9.430/96 que dispõe sobre a compensação dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, como visto no capítulo anterior, trouxe uma nova forma de se realizar a compensação dos tributos além de ampliar as possibilidades de compensação.

Esta lei, no decorrer do tempo, sofreu diversas modificações que trouxeram inúmeras dúvidas aos contribuintes de como aplicá-la e de como se deve proceder a compensação.

A edição da Lei nº 9.430/96 tornou possível que o contribuinte realizasse a compensação tributária de débitos devidos por ele à Secretaria da Receita Federal com créditos sujeitos a restituição ou ressarcimento pela SRF em relação a qualquer tributo administrado pelo referido Órgão.

⁴³ Lei 8.383. Brasília, 30 de dezembro de 1991, [s.p].

Prevista no artigo 74 da Lei nº 9.430/96, a compensação dos tributos administrado pela SRF, início o seu texto legal da seguinte forma:

Art. 74. Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.⁴⁴

Apesar de um grande avanço obtido com a ampliação das possibilidades de compensação, pois a partir desta lei não havia mais limitação à compensação apenas de tributos de mesma espécie e mesma destinação constitucional, houve um retrocesso, já que para se realizar tal procedimento compensatório, diferentemente da Lei nº 8.383/91 que estabelecia a necessidade de apenas o contribuinte realizar a sua conta e risco a compensação em sua escrita fiscal, seria necessário um Requerimento feito pelo contribuinte e entregue à Secretaria da Receita Federal para que se pudesse concluir o procedimento compensatório.

Com intuito de regular a compensação tributária prevista na Lei nº 9.430/96, foi editado o Decreto nº 2.138/97. O referido decreto, através do seu artigo 1º, solidificou o entendimento de que não seria mais necessário que os tributos a serem compensados fossem da mesma espécie e mesma destinação constitucional e lembrou a necessidade de o contribuinte realizar a compensação através de requerimento, conforme podemos observar no texto do artigo:

Art. 1º É admitida a compensação de créditos do sujeito passivo perante a Secretaria da Receita Federal, decorrentes de restituição ou ressarcimento, com seus débitos tributários relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da mesma Secretaria, ainda que não sejam da mesma espécie nem tenham a mesma destinação constitucional.

Parágrafo único. A compensação será efetuada pela Secretaria da Receita Federal, a requerimento do contribuinte ou de ofício, mediante procedimento interno, observado o disposto neste Decreto.⁴⁵

Posteriormente, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 21 de 1997 que foi modificada pela Instrução Normativa nº 73 do mesmo ano. Foram feitas com o propósito de discriminar os procedimentos que deveriam ser seguidos para compensação de tributos de mesma espécie, dos tributos de espécies diferentes. Vejamos:

Art. 12. Os créditos de que tratam os arts. 2º e 3º, inclusive quando decorrentes de sentença judicial transitada em julgado, serão utilizados para compensação com débitos do contribuinte, em procedimento de ofício ou a requerimento do interessado.
§ 1º A compensação será efetuada entre quaisquer tributos ou contribuições sob a administração da SRF, ainda que não sejam da mesma espécie nem tenham a mesma destinação constitucional.

§ 3º A compensação a requerimento, formalizada no "Pedido de Compensação" de que trata o Anexo III, poderá ser efetuada inclusive com débitos vincendos, desde que não exista débitos vencidos, ainda que objeto de parcelamento, de obrigação do contribuinte. (Redação dada pela IN SRF nº 73/97, de 15/09/1997)

Art. 14. Os créditos decorrentes de pagamento indevido, ou a maior que o devido, de tributos e contribuições da mesma espécie e destinação constitucional, inclusive quando resultantes de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão

⁴⁴ Lei 9.430. Brasília, 27 de dezembro de 1996, [s.p].

⁴⁵ Decreto nº 2.138. Brasília, 29 de janeiro de 1997, [s.p].

condenatória, poderão ser utilizados, mediante compensação, para pagamento de débitos da própria pessoa jurídica, correspondentes a períodos subsequentes, desde que não apurados em procedimento de ofício, independentemente de requerimento.⁴⁶

Assim, conforme o texto dos artigos supracitados é nítido a diferença estabelecida entre a compensação de tributos de mesma espécie e mesma destinação constitucional e a compensação de tributos que não são de mesma espécie e mesma destinação constitucional. O primeiro não será necessário o requerimento, já o segundo, será necessário.

É fácil notar que a sistemática implantada com o advento da Lei nº 9.430/96 de se compensar através de requerimento quando a compensação envolve tributos de espécies diferentes não excluiu a sistemática estabelecida anteriormente com a Lei nº 8.383/91 de não ser necessário um requerimento direcionado à Secretaria da Receita Federal para compensação de tributos de mesma espécie e mesma destinação constitucional. Ou seja, a princípio, as duas leis coexistiram, aplicando-se uma ou outra dependendo do enquadramento.

Em 29 de agosto de 2002 foi publicada a Medida Provisória número 66 que posteriormente foi convertida na Lei nº 10.637 do mesmo ano. A Lei nº 10.637/2002 modificou o artigo 74 da Lei nº 9.430/96, sendo que pela leitura de sua nova redação chega-se a conclusão de que não seria mais a partir daí necessária a coexistência das duas Leis (Lei nº 8.383/91 e Lei nº 9.430/96), pois o novo texto atribuído pela Lei nº 10.637/2002 abarcava as duas hipóteses.

Portanto, com a Lei nº 10.637/2002 a compensação tributária na Secretaria da Receita Federal adquiriu nova sistemática, mais abrangente, menos burocrática e mais benéfica ao contribuinte. Da mesma forma que ocorria na Lei nº 8.383/91, em que a compensação se dava apenas entre tributos de mesma espécie e mesma destinação constitucional num encontro de contas realizado diretamente pelo contribuinte que era sujeita a posterior homologação pela SRF. A partir da nova lei, não só estes tributos entravam nesse procedimento, mas todo e qualquer tributo administrado pela SRF. Vencido ou vincendo, o tributo poderia ser compensado, sendo necessária, apenas, uma declaração por parte do contribuinte e direcionamento desta para posterior homologação da Secretaria da Receita Federal. Ou seja, não havia mais um procedimento administrativo a previamente ser observado, cabe lembrar, contudo, que não era de imediato extinto o crédito tributário, pois a compensação ainda estava sujeita a posterior homologação.

O texto dado pela Lei nº 10.637/2002 trouxe não só benesses ao contribuinte, mas também restrições como a impossibilidade de se compensar o saldo a restituir referente ao ajuste anual do imposto de renda da pessoa física e os débitos referentes a tributos no registro da Declaração de Importação. Além disso, determinou que todo pedido de compensação que estava em tramite na Secretaria da Receita Federal fosse convertido em Declaração de Compensação para atender a sistemática do novo texto legal.

Com intuito de regulamentar o novo texto legal, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 210 que substituiu o Pedido de Compensação pela Declaração de Compensação. O Pedido de Compensação tinha o efeito legal de apenas suspender o crédito tributário, já a Declaração de Compensação tinha a força de extinguir o crédito tributário sob condição de ulterior homologação pela SRF. Essa alteração trouxe o benefício de o contribuinte poder obter certidões negativas junto aos Órgãos Públicos competentes. A Declaração de

⁴⁶ Instrução Normativa SRF nº 21. 10 de março de 1997, DOU de 11/03/1997, p. 4664.

Compensação deveria apenas ser encaminhada à Secretaria da Receita Federal para que fosse efetuada a compensação.

A Instrução Normativa nº 323 estipulou que a Declaração de Compensação deveria ser apresentada pelo sujeito passivo não só nos casos de compensação de tributos de espécies diferentes, mas também os de mesma espécie e destinação constitucional conforme o § 6º do artigo 21. Além disso, exigiu que a Declaração de Compensação fosse transmitida pela internet, porém, com algumas exceções, e, na hipótese de inobservância, poderia ser dada como não declarada. Trouxe também malefícios ao contribuinte ao estabelecer os acréscimos moratórios sobre os débitos que seriam calculados até a data da entrega da Declaração de Compensação.

Concomitantemente, a Instrução Normativa nº 323, a Secretaria da Receita Federal, editou a Instrução Normativa 320 de 2003 que criou a declaração eletrônica de compensação denominada PER/DCOMP (Pedido Eletrônico de Restituição ou Ressarcimento e Declaração de Compensação), que atualmente ainda é utilizada e tem gerado inúmeras dúvidas em seu preenchimento.

Em dezembro de 2003 foi publicada a Lei nº 10.833, mais uma vez alterando o artigo 74 da Lei nº 9.430/96, que previu novas restrições ao direito de compensar. Vejamos as alterações:

Art. 74.

[...]

§ 3º Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1º:

[...]

III - os débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal que já tenham sido encaminhados à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União;

IV - os créditos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal com o débito consolidado no âmbito do Programa de Recuperação Fiscal - Refis, ou do parcelamento a ele alternativo;

V - os débitos que já tenham sido objeto de compensação não homologada pela Secretaria da Receita Federal.

§ 5º O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

§ 6º A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados.

§ 7º Não homologada a compensação, a autoridade administrativa deverá cientificar o sujeito passivo e intimá-lo a efetuar, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência do ato que não a homologou, o pagamento dos débitos indevidamente compensados.

§ 8º Não efetuado o pagamento no prazo previsto no § 7º, o débito será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, ressalvado o disposto no § 9º.

§ 9º É facultado ao sujeito passivo, no prazo referido no § 7º, apresentar manifestação de inconformidade contra a não-homologação da compensação.

§ 10. Da decisão que julgar improcedente a manifestação de inconformidade caberá recurso ao Conselho de Contribuintes.

§ 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9º e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação.

§ 12. A Secretaria da Receita Federal disciplinará o disposto neste artigo, podendo, para fins de apreciação das declarações de compensação e dos pedidos de restituição

e de ressarcimento, fixar critérios de prioridade em função do valor compensado ou a ser restituído ou ressarcido e dos prazos de prescrição.⁴⁷

Através da leitura do novo texto legal dado ao artigo 74 da Lei nº 9.430/96 pela Lei nº 10.833/2003, observa-se que o legislador se preocupou em introduzir não só novas restrições ao direito de compensar, mas também estabeleceu prazo para que fossem homologadas tacitamente as Declarações de Compensação caso a Secretaria da Receita Federal não se pronunciasse, prazo esse de 05 anos. Caso não seja efetuada a compensação, o novo texto legal dispôs o procedimento a ser adotado pelo contribuinte.

O contribuinte terá o prazo de 30 dias contados a partir da intimação feita pela Secretaria da Receita Federal para apresentar ao referido órgão um recurso administrativo, denominado pela lei de manifestação de inconformidade, e, não tendo êxito, poderá entrar com recurso ao Conselho de Contribuintes. Caso o contribuinte não conteste o indeferimento da compensação e não pague o débito no prazo de 30 dias da intimação, a SRF o encaminhará para inscrição em Dívida Ativa da União.

Novamente, em 2004, o artigo 74 da Lei nº 9.430/96 foi alterado. Tal modificação se deu através da Lei nº 10.833/2004 em seu artigo 4º. A principal é a prevista no seu §12. Caso o contribuinte entregue a Declaração de Compensação à Secretaria da Receita Federal, e esta entenda que a compensação pleiteada pelo contribuinte se enquadre numa das hipóteses previstas no parágrafo 3º da nova redação dada ao artigo 74 da Lei nº 9.430/96 ou nas hipóteses do próprio parágrafo 12, o contribuinte não poderá nem se quer promover o recurso administrativo (manifestação de inconformidade), pois o novo texto trazido ao artigo 74 prevê que a Secretaria da Receita Federal pode considerar que a compensação não foi declarada pelo contribuinte, ou seja, o fisco estaria desconsiderando a Declaração de Compensação entregue pelo contribuinte, como se não tivesse sido realizada.

Por fim, as últimas alterações ao artigo 74 da Lei nº 9.430 foram trazidas pelas Leis 11.941 de 2009 e Lei 12.249 de 2010. A Lei nº 11.941/2009 ampliou as hipóteses de desconsideração da Declaração de Compensação. Incluiu-se:

Art. 74.

[...]

§ 12.

[...]

II – em que o crédito:

f) tiver como fundamento a alegação de inconstitucionalidade de lei, exceto nos casos em que a lei:

1 – tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade;

2 – tenha tido sua execução suspensa pelo Senado Federal;

3 – tenha sido julgada inconstitucional em sentença judicial transitada em julgado a favor do contribuinte; ou

4 – seja objeto de súmula vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 103-A da Constituição Federal.

Já a Lei nº 12.249 de 2010 introduziu apenas os valores de multas no caso de ressarcimento indevido ou indeferido. Portanto, podemos perceber ao analisar a construção dada ao art. 74 da

⁴⁷ Lei 9.430. Brasília, 27 de dezembro de 1996, [s.p].

Lei nº 9.430/96, que sofreu diversas transformações ao longo dos anos, seja introduzindo, no início, a desburocratização da compensação dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal através da simples Declaração de Compensação realizada pelo próprio contribuinte e entregue a SRF, que englobou todo e qualquer tipo de tributo, vencido ou vincendo, que fosse administrado por aquele órgão, e, posteriormente, certo retrocesso ao não permitir o recurso administrativo por parte do contribuinte quando a SRF entendia não se enquadrar a compensação pleiteada nos moldes do artigo, mas sim nas hipóteses em que não seria devida a compensação, hipóteses estas que só aumentaram com o passar do tempo através da edição de novas leis.

5 CONCLUSÃO

A partir da análise realizada sobre o tema abordado, pode-se chegar à conclusão de que a atual compensação tributária trazida pelo Código Tributário Nacional, lei de origem ordinária recepcionada pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar para atender à exigência constitucional prevista no artigo 146, iniciou a possibilidade de se estabelecer a compensação tributária no Brasil através de lei que determinasse os critérios para realização da compensação, mas que não fugissem das diretrizes pré-estabelecidas pelo CTN de os créditos serem líquidos e certos.

Assim, tivemos uma evolução no instituto da compensação tributária através da edição de diversas leis que estabeleceram critérios variados para a compensação dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, além de Instruções Normativas expedidas pela SRF com intuito de regulamentar estas leis.

Temos, então, hodiernamente, a compensação de ofício, realizada pela Secretaria da Receita Federal, que vige através do artigo 7º do Decreto-Lei nº 2.287/86, artigo 73 da Lei nº 9.430/96 e artigo 6º do Decreto nº 2.138/97 e a compensação realizada pelo próprio contribuinte através da Declaração de Compensação feita pelo mesmo, que deve ser entregue à Secretaria da Receita Federal.

Conclui-se ainda, que a lei a ser adotada deve ser a vigente no período dos créditos compensáveis ou a mais benéfica ao contribuinte quando a mais benéfica vige no momento da compensação, para que se proteja o direito adquirido ou se amplie o direito de compensação ao contribuinte conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

E, ainda, a caracterização do prazo homologatório de 05 anos previsto no artigo 74 da Lei nº 9.430/96, como prazo preclusivo e não como prazo decadencial ou prescricional, portanto, após os cinco anos da entrega da Declaração de Compensação pelo contribuinte, sem a manifestação da Secretaria da Receita Federal, os débitos não compensados ainda terão mais 05 anos, contados da homologação tácita do artigo 74, para serem prescritos, caso não sejam cobrados pela SRF.

6 REFERÊNCIAS

1 ANTUNES Jr, Antonio Carlos. **Compensação tributária – breve análise**. Disponível em <<http://jusvi.com/pecas/2598>>. Acesso em 30 nov. 2013.

2. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Site do Planalto**, Brasília, 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 29 nov. 2013.
- 3 BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. **Site do Planalto**, Brasília, 6 de março de 1972. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Acesso em: 30 nov. 2013.
- 4 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Site do Planalto**, Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25 nov. 2013.
- 5 BRASIL. Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991. Institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. **Site do Planalto**, Brasília, 30 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18383.htm>. Acesso em: 25 nov. 2013.
- 6 BRASIL, Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. **Site do Planalto**, Brasília, 27 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm>. Acesso em: 24 nov. 2013.
- 7 BRASIL, Decreto nº 2.138, de 29 de janeiro de 1997. Dispõe sobre a compensação de créditos tributários com créditos do sujeito passivo decorrentes de restituição ou ressarcimento de tributos ou contribuições, a ser efetuada pela Secretaria da Receita Federal. **Site do Planalto**, Brasília, 29 de janeiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2138.htm>. Acesso em: 30 nov. 2013.
- 8 BRASIL, Instrução Normativa SRF nº 21, de 10 de março de 1997. Dispõe sobre a restituição, o ressarcimento e a compensação de tributos e contribuições federais, administrados pela Secretaria da Receita Federal. **Diário Oficial [da] União**, de 11 de março de 1997. p. 4664.
- 9 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- 10 NERY Jr, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 439.
- 11 TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010.