

# Unimar

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

## ARGUMENTUM

REVISTA DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ANO 2001 – Volume 1

ARGUMENTUM - Revista de Direito - Universidade de  
Marília – Volume 1 – Marília: UNIMAR, 2001.  
Anual

ISSN - 1677-809X

1. Direito – Periódico. I. Faculdade de Direito de Marília –  
UNIMAR

CDDir 340

# Unimar

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

REITOR

Prof. Márcio Mesquita Serva

VICE-REITORA

Prof<sup>a</sup> Regina Lúcia Ottaiano Losasso Serva

PRÓ-REITOR DE GRADUAÇÃO

Prof. José Roberto Marques de Castro

DIRETORA

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Jussara Suzi A. B. Nasser Ferreira

COORDENADOR DE CURSO

Prof. Sérgio Tulio Vialogo Marques de Castro

---

Endereço para correspondência

ARGUMENTUM

REVISTA DE DIREITO - UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Av. Hygino Muzzi Filho, 1001

MARÍLIA – S.P. – CEP 17525-902 – BRASIL

Telefone: (0xx14) 421-4005 – fax: (0xx14) 433-8691

**ARGUMENTUM**  
**REVISTA DE DIREITO**  
**UNIVERSIDADE DE MARÍLIA**

**CONSELHO EDITORIAL**

1. Dr. Achim Ernest Röhrmann  
Corte de Justiça Superior de Berlim
2. Dr. Gustavo Tepedino  
Universidade Estadual do Rio de Janeiro
3. Dr. Jorge Esquirol  
Universidade da Flórida - USA
4. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira  
Universidade de Marília/ Universidade Estadual de Londrina
5. Dr. Leonardo Greco  
Universidade Gama Filho
6. Dr. Luiz Édson Fachin  
Universidade Federal do Paraná
7. Dr. Luiz Otávio Pimentel  
Universidade Federal de Santa Catarina
8. Dra. Maria de Fátima Ribeiro  
Universidade de Marília/ Universidade Estadual de Londrina
9. D. Paulo Roberto Pereira  
Universidade de Marília/ Universidade Estadual de Maringá

*ARGUMENTUM*  
*REVISTA DE DIREITO*  
*UNIVERSIDADE DE MARÍLIA*

Publicação Anual – Distribuição Gratuita – Pede-se Permuta

ANO 2001 - Volume 1

MARÍLIA - ESTADO DE SÃO PAULO – BRASIL

## APRESENTAÇÃO

A Faculdade de Direito da Unimar inaugura, nesta etapa, renovação vigorosa buscando instrumentalizar, de forma eficaz, o ensino, a pesquisa e a extensão. Nesse diapasão foi eleita como missão da Faculdade **o acesso ao conhecimento jurídico e a formação do cidadão enquanto sujeito de Direito e futuro operador do Direito.**

A missão da Faculdade deve orientar toda a vocação do curso de bacharelado em direito, agora concebida e ordenada por propósitos consistentes em ofertar, de modo contínuo, **um ensino jurídico eficaz, capaz de explicitar o Direito Contemporâneo como instrumento de Pacificação Social.**

A investigação e informação dos saberes jurídicos são compreendidas através de concepção tridimensional, destacando o estudo crítico filosófico do fenômeno jurídico em sua expressão plural; importância da sistematização e correlação dos saberes jurídicos com absoluto rigor metodológico; reflexão e interpretação crítica dos conteúdos jurídicos contemporâneos.

A reorganização do curso de bacharelado em Direito suscitou a indispensabilidade de disseminação do conhecimento gerado, solicitando veículo próprio, pelo que a IES, passa a editar, a *Argumentum* – Revista da Faculdade de Direito da Unimar. O primeiro número é editado em comemoração à renovação do curso, homenageando os quatorze anos da Unimar e da Faculdade de Direito.

A Faculdade de Direito da Unimar lança pois – *Argumentum* – em favor do Ensino Jurídico Eficaz e em favor do Direito Contemporâneo como instrumento de Pacificação Social.

*Argumentum, um Ideal;  
Argumentum, uma lição;  
Argumentum, uma realização!*

Dra. Jussara Suzi Borges Nasser Ferreira  
*Diretora da Faculdade de Direito- Unimar*



## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	05
<b>DOCTRINA</b>	
A LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE DIRIGENTES SINDICAIS DETENTORES DE ESTABILIDADE – A PERDA DA ESTABILIDADE EM CASO DE EXTINÇÃO DO ESTABELECIMENTO OU FILIAL – INDENIZAÇÃO	
<i>Mauro Marcelino Albano</i> .....	11
A ORIGEM DO PROCESSO DE MUNDIALIZAÇÃO DO CAPITAL FINANCEIRO	
<i>Walkiria M. H. Ferrer</i> .....	19
A PROVA ESCRITA NA TUTELA MONITÓRIA	
<i>Marcelo Brandão Fontana</i> .....	27
AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVIDADE PROCESSUAL	
<i>Caio Marcio Loureiro</i> .....	41
AÇÃO MONITÓRIA	
<i>Ana Cláudia Moraes Juliano</i> .....	53
INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.783/99. A CONTRIBUIÇÃO DOS INATIVOS E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
<i>Ruberval José Ribeiro</i> ... ..	71
LAVAGEM DE DINHEIRO	
<i>Sônia Regina De Grande Petrillo Obregon</i> .....	75
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR E O CONTRATO DE <i>LEASING</i> FINANCEIRO PARA PESSOAS FÍSICAS	
<i>Regina Célia de Carvalho Martins Rocha</i> .....	83

PENA DE MORTE: ARGUMENTOS A SEU DESFAVOR	
<i>César Augusto Micheli</i> .....	97
PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E SUA LEGITIMIDADE: O CONSENSO E A DEMOCRACIA COMO ELEMENTOS INSUFICIENTES À CARACTERIZAÇÃO DE UM EXERCÍCIO LEGÍTIMO DESTE PODER	
<i>Eduardo Mombrum de Carvalho</i> .....	109
NORMAS PARA PUBLICAÇÃO.....	127



# DOCTRINA



# A LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE DIRIGENTES SINDICAIS DETENTORES DE ESTABILIDADE – A PERDA DA ESTABILIDADE EM CASO DE EXTINÇÃO DO ESTABELECIMENTO OU FILIAL – INDENIZAÇÃO

Mauro Marcelino ALBANO\*

## RESUMO

O presente artigo trata da estabilidade sindical que visa assegurar ao dirigente de sindicatos profissionais, sua independência para atuar em defesa dos interesses individuais e coletivos de seus representados, gozando de proteção adequada contra atos atentatórios à liberdade sindical.

**Palavras-chave:** Estabilidade sindical, legalidade, dirigentes, detentores de estabilidade, mandatos.

## SUMMARY

This article deals with the syndical stability that has as main objective to assure the professional syndicates' leader the independence in defending the individual and general interests of the represented with enough protection against attemptory acts into the syndical freedom

**Key works:** Syndical stability; legality; leaders; stability detainers; mandates.

A estabilidade sindical visa a assegurar ao dirigente sindical a sua independência para atuar em defesa dos interesses individuais e coletivos dos seus representados, gozando de proteção adequada contra atos atentatórios à liberdade sindical.

Essa estabilidade está prevista no artigo 543, da CLT e no artigo 8º, VIII, da Constituição Federal, portanto, e esta, a partir de 1.988, foi elevada ao nível constitucional, pois antes somente estava prevista na legislação ordinária.

Arnaldo Sussekind ensina:

*“Esse dispositivo, na sua atual redação, contém a norma agora elevada ao plano constitucional, além de proibir ao empregador a prática de outros atos*

---

\* 1. Advogado

2. Professor de Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Direito da UNIMAR – Marília.SP

*capazes de obstar o normal exercício do mandato sindical pelo seu empregado e de anunciar regras regulamentares, para aplicação do princípio”.*

A estabilidade do dirigente está condicionada ao exercício de cargo da administração do sindicato profissional, desde que outorgada a administração após regular eleição.

Não basta somente o empregado ser eleito, pois o requisito essencial para este adquirir a estabilidade se dá com o registro da candidatura, devendo o empregador ser comunicado no prazo de vinte e quatro horas, e estendida até um ano após o término do mandato.

Hoje, esse entendimento é pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência, sendo que a maior discussão se dá em relação ao número de dirigentes que gozam de estabilidade.

Em polêmica decisão do STF, no acórdão prolatado pela Segunda Turma (STF 193.345-3-SC de 13.09.99), houve um limite no número de dirigentes que gozam de estabilidade, restrita àqueles que foram eleitos para os conselhos de administração e fiscal dos sindicatos, ou seja, limitando a quatro dirigentes na administração e três no conselho fiscal, bem como aos seus respectivos suplentes.

Entendeu a Colenda Turma que o artigo 522, da CLT, foi recepcionado pela Constituição Federal, no artigo 8º, I.

Muitos autores consideram essa decisão equivocada, com entendimento contrário ao da decisão acima, considerando que o artigo 522, da CLT, foi derogado com a promulgação da Constituição Federal, como entendimento de que, como previsto no inciso I do art. 8º, da Constituição Federal, é livre a criação da associação profissional ou sindical, sem qualquer interferência do poder público e, em sendo aplicado o artigo 522 da CLT, estaria havendo a intervenção do Estado na administração dos sindicatos.

Tal posição doutrinária hoje encontra pouca recepção, pois não pode o sindicato por sua conveniência criar cargos de diretor e declarar que esses são detentores de estabilidade.

A criação de diretorias é livre, pois não há qualquer previsão impedindo o sindicato de ter o número de diretores que julgue necessário para a sua administração, mas os empregados que gozam de estabilidade ainda são aqueles contidos na legislação ordinária.

Na Constituição, não há qualquer previsão limitando o número de dirigentes sindicais estáveis, nem é essa matéria de cunho constitucional, a qual fica a cargo da legislação ordinária. No caso do artigo 522, da CLT, não há qualquer intervenção do Estado na criação ou administração dos sindicatos, mas, mera disciplina por parte da Lei. O fato de a lei limitar o número de dirigentes sindicais não excede a autonomia dos sindicatos, pois atinge direitos e liberdades de outros, no caso, os empregadores, em dar estabilidade aos que devem ser protegidos pela Lei.

Há que se levar em conta que o Brasil ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1.966 (Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, com promulgação pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992), o qual determina que “o direito dos sindicatos exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou de ordem pública, ou para proteger os direitos e liberdades das demais pessoas, inclusive para questões do número de dirigentes sindicais que vão ver aquinhoadas com estabilidade.”

A jurisprudência dominante assim também tem entendido:

*“Ausência de lei infraconstitucional que regulamente o sindicalismo que conduz à aplicação da legislação trabalhista em vigor, prevalecendo, assim, o disposto no artigo 522 da CLT, no que diz com o número de membros constituintes da administração do sindicato, na medida em que o contrário conduziria ao abuso no que respeita à estabilidade sindical. (TRT - 4a. Reg. - RO 96.29427-9 - JcJ de Farroupilha - maioria - j. em 27.05.98 - Rel: Juiz Edir Inácio da Silva - Fonte: DOERS, 27.07.98).”*

Assim, enquanto a lei não dispuser outro critério de limitação do número de diretores detentores de estabilidade, prevalecerá a norma contida no artigo 522, da CLT. Em havendo ampliação de membros titulares, suplentes ou a desproporcionalidade entre o número de dirigentes em relação ao número de associados da entidade, restará configurado o abuso do direito, pois estará se criando uma obrigação a outro sem qualquer previsão legal, pois, se assim não fosse, estaria sendo criado um direito potestativo ao sindicato, havendo invasão na esfera de direitos de terceiros, ou seja, do empregador, que não poderia exercer o seu direito potestativo.

Essa estabilidade também poderá ser estendida ao empregado que exerce o cargo de delegado sindical, desde que, por acordo coletivo ou convenção coletiva, haja a garantia dessa condição.

Mais algumas considerações merecem destaque com relação à estabilidade.

Como amplamente foi discutido, somente os dirigentes eleitos gozam de estabilidade, não sendo este, portanto, o caso dos delegados sindicais, os quais exercem seus cargos não através de eleição, mas sim, por indicação da direção do sindicato.

Entendemos que para essa regra existem exceções, como é o caso do delegado eleito para exercer cargo junto à Federação de Trabalhadores.

A representação dos sindicatos nas federações e confederações encontra-se também disciplinada pela CLT, na seção V, do Capítulo I, do Título V, sendo a esta representação aplicáveis as regras da seção III do mesmo Capítulo, onde se encontra o art. 522, que prevê a eleição dos membros pela assembléia geral.

Dispõem os artigos 538 e 539 da CLT:

Art. 538 – A administração das federações e confederações será exercida pelos seguintes órgãos:

- a) Diretoria;
- b) Conselho de Representantes;
- c) Conselho Fiscal.

[...]

§ 4º O Conselho de Representantes será formado pelas delegações dos sindicatos ou das Federações filiadas, constituída cada delegação de 02 (dois) membros, com mandato por 03 (três) anos, cabendo um voto a cada delegação.

[...]

Art. 539 - Para a constituição e administração das federações serão observados no que for aplicável, as disposições das Seções II e III do presente Capítulo.

Portanto, o cargo de delegado, junto às federações ou confederações, encontra-se previsto na CLT. Não se pode cogitar, no caso, a extrapolação da autonomia interna do sindicato ou do limite legal.

Tratando-se de cargo de representação previsto em lei e cuja indicação decorre de eleição prevista em Lei (art. 522, aplicável por força do art. 539, ambos da CLT), o membro eleito, ainda que suplente, encontra-se amparado pela estabilidade assegurada no art. 8º, VIII, da Constituição Federal.

A Jurisprudência também assim tem entendido:

“Estabilidade - Dirigente sindical. Empregado eleito para o cargo de delegado representante do sindicato junto à entidade de grau superior (federação) encontra-se protegido contra a dispensa sem justa causa, nos termos do art. 8º, VIII, da Constituição Federal. Aplicação dos artigos 2538 e 539, da CLT, bem como da Convenção nº 135 da OIT, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 131/91. (TRT/9a. Reg. - RO-4021/2000 - Vara do Trabalho de Toledo - Ac. 26456/2000 - unân. - 2a. T. - Rel:JuizArion Mazurkevic - Fonte: DJPR, 24.11.2000).

A Ementa acima, de lavra de um dos mais ilustres magistrados do Estado do Paraná, Juiz Arion Mazurkevic, no corpo do acórdão com muita propriedade aborda o tema sobre a aplicação da Convenção 135, da OIT, a qual o Brasil ratificou em 22.05.91, através do Decreto nº 131, nos seguintes termos:

*“Mesmo que assim não fosse, o delegado sindical, desde que eleito, também se encontra protegido contra a dispensa arbitrária, em face da Convenção 135 da OIT, que restou ratificada pelo Brasil através do Decreto 131, de 22.05.91, o qual dispõe:*

Art. 1º - A Convenção nº 135, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre a Proteção de Representantes de Trabalhadores, apensa por cópia ao presente decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.”

A Convenção 135, da OIT, estabelece:

“Artigo 1º - Os representantes dos trabalhadores na empresa devem ser beneficiados com uma proteção eficiente contra quaisquer medidas que poderiam vir a prejudicá-los, inclusive o licenciamento, e que seriam motivadas por sua qualidade ou suas atividades como representantes dos trabalhadores, sua filiação sindical, ou participação em atividades sindicais, conquanto ajam de acordo com as leis, convenções coletivas ou outros arranjos que convencionais vigorando.

Artigo 3º - Para os fins da presente Convenção, os termos “representantes dos trabalhadores” designam pessoas reconhecidas como tais pela legislação ou as práticas nacionais, quer sejam:

a) [...]

b) ou representantes eleitos, a saber, representantes livremente eleitos pelos trabalhadores, conforme disposições da legislação nacional ou de convenções coletivas, cujas funções não se estendam a atividades que sejam reconhecidas, nos países interessados, como dependendo das prerrogativas exclusivas dos sindicatos.

A proteção prevista na mencionada Convenção internacional se expressa no nosso ordenamento jurídico através de garantia prevista no artigo 8º, VIII, da Constituição Federal, já reproduzida. Mesmo que assim não fosse, não se olvide que o § 2º, do art. 5º, da Constituição estabeleceu que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Daí, conclui-se, que o Delegado Sindical eleito para exercer o cargo junto ao Conselho de Representantes das Federações ou Confederações, goza da estabilidade sindical.

Outro tema que gera muita controvérsia está na questão do pagamento de indenização, em caso de encerramento das atividades da empresa.

A garantia provisória do emprego, assegurada pelas normas referidas, alcança apenas aqueles trabalhadores eleitos para determinado cargo na administração da entidade sindical.

Arnaldo Sussekind ao tratar da estabilidade sindical ensina, *in verbis*:

*“A estabilidade sindical tem por finalidade proteger o trabalhador, como empregado, contra possíveis atos de seu empregador, que possam impedir ou dificultar o exercício de seus direitos sindicais e, bem assim, dos praticados como representá-los pelas atitudes por ele adotadas na defesa dos seus representados. (SUSSEKIND, MARANHÃO, VIANA, 1999, p. 634).”*

A garantia de emprego conferida ao dirigente sindical visa a proteção do exercício da representação sindical, em defesa dos interesses da categoria.

A preservação do direito à garantia provisória do emprego prevista na Carta Magna, assim como o direito à estabilidade definitiva, regulada pela legislação ordinária, depende da subsistência da empresa, ou do estabelecimento, da filial na localidade onde o empregado trabalha.

Com o encerramento da atividade empresarial, desaparece elemento essencial à realização do contrato de trabalho e deixa de haver suporte fático para a garantia de emprego. A CLT, no artigo 498, incluiu o fechamento do estabelecimento, filial ou agência, sem a ocorrência de força maior, no âmbito das exceções à norma legal proibitiva da despedida sem justa causa de empregado estável. Naquelas hipóteses excepcionadas, deixando de existir condições materiais para a eficácia do contrato, os empregados estáveis poderão ser despedidos, restando-lhes o direito às reparações ou indenizações devidas, na forma da lei, por despedimento injusto. Se o empregador pode, mesmo sem motivo de força maior, uma vez encerrada a atividade do estabelecimento, filial ou agência, rescindir o contrato de trabalho mantido com empregado detentor de estabilidade propriamente dita, com maior razão pode dispensar empregado que detenha garantia apenas provisória de emprego (limitada a determinado período). Neste sentido, a jurisprudência contida na nota 25 do artigo 543 da CLT Comentada por Saad, Eduardo Gabriel, (Ltr, 2000, p. 396), in verbis:

“Dirigente sindical. Estabilidade provisória. Fechamento de filial. A pretensão da Reclamante de receber os salários de período correspondente à garantia de emprego visa apenas o seu interesse individual. Entretanto, a estabilidade que a lei lhe outorgou objetiva apenas proteger o interesse coletivo da categoria a qual pertence. Logo, não se justifica o pagamento de salários e vantagens do período de estabilidade provisória, extinto em face do fechamento da filial na localidade que onde prestava serviços o empregado, uma vez que em nada aproveita à categoria profissional que a mesma representava.”

O entendimento contido no Precedente Jurisprudencial da SDI do TST, nº 86: “Dirigente Sindical. Extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato. Insubsistência da estabilidade”.

É bem verdade que a norma protege a categoria, mediante a garantia do emprego do dirigente sindical e não o salário.

O emprego somente poderá ser reintegrado em outra cidade, dentro da base territorial do sindicato cuja direção integra, resultando, pois, sob pena de impossibilitar a defesa dos interesses da categoria que representa. Assim, por qualquer ângulo que se examine a questão, a conclusão é de que a despedida sem justa causa do empregado é válida e eficaz.

Finalmente, essa estabilidade não é absoluta, tendo em vista que o dirigente sindical pode ser dispensado, desde que, procedido de inquérito judicial para apurar a falta grave por ele cometida, sendo essa última a única hipótese para a perda da garantia da estabilidade, dentro do que está previsto no parágrafo terceiro do artigo 534, da CLT, sendo que existem algumas



correntes que defendam o contrário, mais dentro do que está determinado no artigo acima, o procedimento para os empregados estáveis e sempre o inquérito para apuração de falta grave, dentro do que está previsto no artigo 853, da CLT.

Assim, em conclusão, entendemos que o artigo 522, da CLT, foi recepcionado pelo artigo 8º, da Constituição Federal, sendo o número de sete membros do conselho da administração do sindicato, bem como, os três do conselho fiscal, detentores da estabilidade, excetuando apenas em caso do empregado ser eleito para o cargo de delegado junto a federações e confederações.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- SAAD, E. G. *CLT Comentada*. 32. ed. São Paulo: Ltr, 2000.  
Repertório de Jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Paraná  
Repertório de Jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – Rio Grande do Sul  
SUSSEKIND, A. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.  
SUSSEKIND, A., MARANHÃO, D., VIANA, S. *Instituições de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: Ltr, 1999.



## A ORIGEM DO PROCESSO DE MUNDIALIZAÇÃO DO CAPITAL FINANCEIRO

Walquiria Martinez Heinrich FERRER\*

### RESUMO

O processo denominado mundialização do capital pode ser definido como uma reestruturação do capitalismo em novas bases econômicas, Omo meio de recuperar as taxas de acumulação das décadas anteriores. O atual processo de mundialização do capital suscitou diversas correntes de opinião quanto à definição precisa desse fenômeno: constitui uma corrente ideológica ou um programa econômico? É possível desenvolver projetos autônomos de desenvolvimento, ou seja, desvinculados do mercado globalizado?

**Palavras-chave:** Mundialização do capital, globalização, economia, capital, mídia, relações trabalhistas, neo-liberalismo

### SUMMARY

The process named 'worldly of the fund' may be defined as a capitalism reformulation into new economic basis and as a mean of recovering the accumulation taxes of the previous decades. The current process of the worldly of the fund raised several different opinions in relation to the exact definition of this phenomenon: does it constitute an ideological thought or an economic program? Is it possible to develop autonomous expanding projects out of the globalized market?

**Key words:** worldly of the fund; globalization; economy; fund; media; employment relationships, neo-liberalism.

O denominado processo de globalização está se evidenciando cada vez mais nos meios de comunicação e nas publicações acadêmicas. Na literatura encontrada a respeito, podem ser localizados diferentes termos relativos ao processo, como mundialização do capital, homogeneização da cultura, aldeia

\* 1. Doutora em Educação pela UNESP - MARÍLIA - Marília.SP

2. Professora de Introdução à Metodologia e Metodologia Jurídica da Faculdade de Direito da UNIMAR - Marília.SP

global ou acentuação da americanização. Estas são denominações que podem variar de acordo com a conjuntura que estiver sendo analisada, mas essencialmente globalização representa o processo de mundialização do capital, que, em âmbito mundial, se acentuou no período posterior à segunda guerra mundial. Segundo Gaio, alguns analistas denominam o fenômeno globalização da seguinte forma: mundialização no que diz respeito às dimensões culturais, planetarização referente às dimensões espaciais e finalmente, globalização ao tratar das dimensões econômicas<sup>1</sup>. (GAIO, 1998).

Alguns estudiosos ressaltam a inevitabilidade da chamada globalização. Segundo essa concepção, não há como permanecer alheio aos seus efeitos, pois são decorrentes de uma determinada etapa de transformações do capitalismo, onde se verifica uma reprodução ampliada das forças produtivas. De acordo com essa concepção, as nações tornaram-se interdependentes, não há como sociedades nacionais desenvolverem projetos econômicos desvinculados do sistema mundial e esta situação não se manifesta apenas no âmbito econômico, mas também em nível cultural.

Como conseqüência do mundo globalizado, o relativismo cultural cede espaço à universalidade. A indústria popular nacional busca sua consolidação na satisfação dos padrões internacionais de consumo, como nos lembra Ortiz:

*“ Se lembrarmos que os economistas consideram por internacionalização o processo de adequação de normas de produção em nível da produção internacional, percebemos que a ‘qualidade’ dos programas realizados no Brasil, para se ‘elevar’, tem que tomar como referência o gosto dominante do mass média internacional.”*(ORTIZ, 1998, p. 205).

O que vinha ocorrendo em décadas passadas, embora em menor escala, tornou-se um fenômeno que pensadores e estudiosos do início do século não poderiam sequer imaginar. O mundo vivencia um período cujas características são inovadoras, alteram-se relações de poder entre potências econômicas e políticas, as inovações tecnológicas ocorrem em um ritmo muito acelerado e afetam o destino de diversas nações.

A intensificação do processo de mundialização do capital pode ser visualizada no início da década de 70, período em que o sistema capitalista começa a apresentar sinais de saturação, evidenciado por baixas taxas de crescimento e altas taxas inflacionárias. Os primeiros sinais desse período de recessão econômica puderam ser observados inicialmente nas grandes potências, particularmente Estados Unidos, Japão e Europa Ocidental. As economias destes países sentiam os efeitos de um capitalismo instável, com elevações entre crescimento e recessão na economia. Esta instabilidade econômica se caracterizava por um capitalismo não sustentado, em que a lógica do capital não se realizava de maneira completa.

1. Como referência a esta determinada etapa do desenvolvimento do sistema capitalista, comumente designada globalização, este texto utilizará a denominação de mundialização do capital.

Nesse contexto, as grandes potências econômicas passaram a adotar medidas de contenção de custos na produção, visando a um aumento na margem de lucro no produto final. O resultado manifestou-se por um acirramento na concorrência entre as grandes empresas, que procuravam expandir seus investimentos, principalmente em regiões onde os custos de produção seriam minimizados com uma maior disponibilidade de matéria-prima, isenções fiscais e facilidades, por parte dos governos nacionais, na instalação de novas indústrias e pela exploração de mão-de-obra barata. As chamadas transnacionais tinham como objetivo a recuperação da estabilidade do crescimento econômico, criando as condições favoráveis para ampliação dos níveis de acumulação de capital anteriores à crise.

Dessa forma, o processo aqui denominado mundialização do capital pode ser definido como uma reestruturação do capitalismo em novas bases econômicas, como um meio de recuperar as taxas de acumulação das décadas anteriores. Essa reestruturação não se manteve apenas na base econômica, mas se estendeu às esferas políticas e sociais das sociedades envolvidas pelo processo. Tendo em vista a viabilização das medidas adotadas para a reestruturação capitalista, foram necessárias determinadas políticas que possibilitassem o pleno desenvolvimento do processo.

Integrados nesse contexto, surgem denominações como privatizações, desregulamentação das economias, aberturas de mercado, desterritorialização, Estado mínimo e exclusão social, sendo viabilizadas por um programa de governo específico, o neoliberalismo. O programa neoliberal possibilita a implementação de reformas necessárias ao desenvolvimento e reprodução do capitalismo financeiro, podendo ser caracterizado como a expressão política da mundialização do capital, especificamente, como foi salientado, do capital financeiro.

Além das reformas de cunho econômico, voltadas à reestruturação do capital nas últimas décadas importantes acontecimentos mudaram o cenário político e econômico mundial, com conseqüências favoráveis ao avanço do chamado processo de globalização: a queda do Muro de Berlim, em 1989, com a unificação da Alemanha, a crise do socialismo no Leste Europeu, que desembocou na expansão da economia de mercado em localidades até então submetidas às premissas do socialismo, e o fim da Guerra Fria, iniciada em 1946.

Com a Revolução Européia de 1989, a história sofreu grandes alterações e tomou um novo rumo, dando início a um período em que se estabeleceram novas correlações de forças. No período da Guerra Fria, havia blocos antagônicos e consolidados: o capitalismo e o socialismo. Duas superpotências, Estados Unidos e União Soviética, detinham um grande poderio militar e nuclear. Representavam dois blocos de poder com sistemas econômicos e políticos opostos.

As reformas efetuadas pelo governo Mikhail Gorbachev foram o início de profundas alterações, que refletiram diretamente no avanço do processo de globalização. Seu programa de governo compreendia a transparência política, com o início de um processo de democratização da vida política nacional e a

reestruturação econômica e administrativa. Pretendia a introdução paulatina dos mecanismos de mercado, em substituição aos mecanismos de uma economia centralmente planejada. Da mesma forma, a queda do Muro de Berlim em 1989 e a conseqüente reunificação da Alemanha possibilitaram o desenvolvimento do capitalismo nos países socialistas do leste europeu.

Países cujo poder político estava centralizado no Estado-Nação, que detinha total controle sobre as esferas política, econômica e social, cederam à nova ordem mundial. Economias fechadas, voltadas à proteção das indústrias nacionais, com reservas de mercado para determinados produtos, submetem-se à dinâmica do mercado internacional, abrindo suas fronteiras para a entrada de um grande número de produtos estrangeiros.

Outro componente fundamental da viabilização desta determinada etapa de desenvolvimento das forças produtivas do capitalismo, a mundialização do capital financeiro, também denominado capital rentista ou fictício, pode ser visualizado pelo progresso tecnológico verificado nas últimas décadas. A extrema rapidez com que se desenvolveu a comunicação informatizada propiciou uma instantaneidade das operações financeiras, com a possibilidade de negociação de grandes volumes de capitais “fictícios” entre diferentes e distantes mercados, em tempo real.

De acordo com os dados abaixo, nenhum outro veículo de comunicação se desenvolveu tão rapidamente como a rede mundial de computadores, possibilitando, desta forma, a evolução da rentabilidade do capital “fictício” das transnacionais:

Tempo que cada meio de comunicação de massa demorou a atingir  
50 milhões de usuários

Rádio	38 anos
Computador pessoal	16 anos
Televisão	13 anos
Internet	4 anos

Fonte: *Jornal Folha de S.Paulo*, 11/07/99, p. 1-17.

Base de Dados: Pnud/99

Segundo Giovanni Alves, a rede mundial de computadores – Internet – constitui o arcabouço midiático da financeirização:

*“O desenvolvimento do ciberespaço na última década do século XX é um produto legítimo – e avançado – da Terceira Revolução Científico-Tecnológica. Ele é um dos importantes avanços no campo da comunicação informatizada, ou telemática, a partir dos anos 80 que contribuiu para impulsionar a mundialização do capital. Na verdade, a Internet se constituiu no arcabouço midiático de uma nova etapa do capitalismo mundial, cuja principal característica é o predomínio da financeirização.”*

(ALVES, 1999, p.169).

Em linhas gerais, o chamado processo de globalização, como foi salientado, configura como uma etapa determinada do processo de acumulação do capital, que se caracteriza pela mundialização do capital financeiro, cuja dimensão não se restringe apenas ao aspecto econômico. Liszt Vieira aponta cinco dimensões da chamada globalização: econômica, política, social, ambiental e cultural; mas convém salientar que o próprio autor esclarece que o processo mencionado também se estende a outros níveis, como o comunicacional e o tecnológico.

O ideário neoliberal: a expressão política do processo de globalização.

A partir da década de 70, um movimento ideológico vem conquistando espaço em nível mundial, o neoliberalismo. Esse modelo de orientação política e econômica, que constitui a expressão política da globalização, caracteriza-se por uma oposição ao Estado intervencionista e de Bem-Estar social.

Inicialmente implementado pelo governo de Margaret Thatcher (1979) e, posteriormente por Ronald Reagan (1981), o projeto neoliberal de governo adquiriu âmbito mundial, tornando-se atualmente parte integrante do processo de mundialização do capital:

*“O neoliberalismo é bem uma expressão da economia política da sociedade global. Forjou-se na luta contra o estadismo, o planejamento, o protecionismo, o socialismo, em defesa da economia de mercado, da liberdade econômica concebida como fundamento da liberdade política, condição de prosperidade coletiva e individual.”*(IANNI, 1997, p. 139).

O neoliberalismo foi desenvolvido inicialmente por Friedrich Hayek, em 1944. Pouco depois, foi formada uma corrente neoliberal, que contou com a participação de Milton Friedman, Karl Popper, Walter Lipman, entre outros. Na Suíça foi fundada a Sociedade de Mont Pèlerin, com os objetivos de “[...] combater o keinesianismo e o solidarismo reinantes e preparar as bases de um outro tipo de capitalismo, duro e livre de regras para o futuro”. (ANDERSON, 1995, p.10).

Essa orientação ideológica não foi bem recebida de imediato, pois, seguindo orientação keynesiana, de forte intervenção estatal na economia, o capitalismo demonstrou grande fase de crescimento durante as décadas de 50 e 60. Por essa razão, os postulados neoliberais não representavam uma orientação que pudesse trazer resultados ainda melhores. No início da década de 70, o modelo econômico capitalista começa a apresentar sinais de instabilidade econômica e um acelerado processo inflacionário. Estes fatores propiciaram a ascensão do modelo teórico neoliberal, pois, segundo sua concepção, as origens da crise estavam no controle excessivo do Estado na economia.

De acordo com os postulados liberais, o homem é um ser dotado de elementos naturais que induzem e regulam suas ações no plano da realidade, seja no plano econômico, político ou cultural. Também é naturalmente

utilitarista e racional, dotado, de razão suficiente para tomar decisões que visem à maximização de seu bem-estar social. O Estado, por ser uma instituição, não tem os atributos naturais capazes de maximizar benefícios, pois interfere nas manifestações naturais dos agentes econômicos. O mercado seria o responsável pela interação entre os diversos interesses individuais, tendo como resultado não um caos na sociedade, mas uma harmonia entre os interesses opostos. (CARCANHOLO, M.D., 1998, p.18).

Desse modo, um dos principais componentes do ideário neoliberal é a desestatização da economia, pois, sem a regulamentação do poder estatal, o mercado mantém a ordem natural do sistema. Essa determinação de desregulamentação não se manifesta apenas no plano econômico, mas também no mundo do trabalho com a flexibilização das relações trabalhistas, o que significa uma oposição ao protecionismo estatal, nas questões trabalhistas. Segundo o ideário neoliberal, a livre negociação entre patrões e empregadores traria benefícios não somente aos trabalhadores, pois teriam maior liberdade de escolha, mas, principalmente, ao processo de reprodução e acumulação do capital, que teria maior liberdade nas relações contratuais.

Segundo os postulados do programa neoliberal, a solução seria a minimização do Estado, ou seja, diminuir sua intervenção no mercado, para que este se auto-regularize, como também a diminuição dos gastos públicos com o setor social, transferindo essa responsabilidade à iniciativa privada. Tais medidas, juntamente com reformas fiscais e estabilização monetária, trariam as condições necessárias para um efetivo crescimento econômico.

No Brasil, as políticas econômicas e sociais do projeto neoliberal, foram implementadas pelo governo de Fernando Collor de Mello e, posteriormente, intensificadas por Fernando Henrique Cardoso. Desde o início da década de 90, a condução da política brasileira esteve claramente em convergência com o ideário neoliberal. A intensificação da circulação financeira, a desobstrução ao mercado internacional, intensivo processo de privatização e medidas voltadas à estabilização monetária (tendo expressão no Plano Real), são políticas voltadas à inserção econômica do país no contexto da nova ordem: a mundialização do capital financeiro.

A adoção dessas medidas faz parte de uma “estratégia global de modernização liberal”, que procura seguir as regras estabelecidas pelo “Consenso de Washington”. (CARCANHOLO, M. D, 1998). No final de 1989, membros dos organismos de financiamento internacional (Fundo Monetário Internacional - FMI, Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID e Banco Mundial), funcionários do governo americano e economistas latino-americanos se reuniram para avaliar as reformas econômicas implementadas na América Latina. Desta reunião, surgiram conclusões e recomendações que acabaram funcionando como um “manual” da política neoliberal, que ficou conhecido como “Consenso de Washington”. As recomendações propostas pelo “Consenso de Washington” abrangem as seguintes áreas: disciplina fiscal, prioridade ao combate do déficit público, reforma tributária, liberalização financeira e comercial, investimento direto estrangeiro e privatizações. (CARCANHOLO, M.D. 1998, p. 25).



Em linhas gerais, o ideário neoliberal consiste em políticas voltadas à desestatização da economia, com a minimização da interferência do Estado; abertura de mercado ao comércio internacional, com o objetivo de estimular a concorrência com os produtos nacionais e propiciar a modernização e desenvolvimento da estrutura produtiva nacional; estabilização monetária, a fim de atrair investimentos estrangeiros e amplo processo de privatização, com o objetivo de diminuir as dívidas internas e externas.

O atual processo de mundialização do capital suscitou diversas correntes de opinião quanto à definição precisa desse fenômeno: constitui uma corrente ideológica ou um programa econômico? É possível desenvolver projetos autônomos de desenvolvimento econômico, ou seja, desvinculados do mercado globalizado? Visto como o produto do desenvolvimento das forças produtivas do sistema capitalista, pode ser considerado inevitável?

A questão da viabilidade desse modelo de condução política e econômica, como também suas conseqüências, tem gerado muita polêmica, constituindo um grande desafio para estudiosos neste fim de século, como bem retrata Otávio Ianni, ao discorrer sobre os horizontes do pensamento:

*“Nesta altura da história, em fins do século XX, as ciências sociais defrontam-se com problemas novos, surpreendentes, sobre os quais ainda não trabalharam, ou trabalharam pouco. Ocorre que o objeto das ciências sociais ampliou-se além da capacidade interpretativa dos conceitos já conhecidos”.* (IANNI, 1997, p. 165).

No Brasil, assim como nos demais países, o chamado processo de globalização tem gerado muita polêmica com relação à sua inevitabilidade ou sua viabilidade. Os que se mostram favoráveis ao atual programa de governo e à inserção da economia do país no mercado internacional vêem o processo de globalização como inevitável, ao qual o país não pode permanecer alheio, por correr o risco de perder “o trem da história”, com um atraso irreversível no desenvolvimento das forças produtivas. Aqueles que adotam uma posição contrária argumentam que globalização é sinônimo de “entreguismo”, com a conseqüente acentuação da dependência econômica e agravamento dos problemas sociais.

No contexto do chamado processo de globalização, podem ser visualizados alguns aspectos considerados “positivos”, como o crescimento da importância da interferência da sociedade civil, por meio das ONGs, em questões até então restritas à esfera política, como na regulamentação do mercado de trabalho e na universalização dos direitos humanos e de valores éticos, ou seja, a prática de uma cidadania global.

Dentre esses aspectos considerados “positivos”, destaca-se a importância atribuída à educação, nos últimos anos. O desenvolvimento do setor educacional, tanto qualitativo como quantitativo, tornou-se um imperativo aos países em desenvolvimento, tendo em vista a necessidade de adequação da mão-de-obra às novas necessidades impostas pelo mercado de trabalho, que, devido aos avanços tecnológicos, sofre constantes transformações.

A reestruturação produtiva foi responsável por uma reestruturação tam-

bém no universo educacional, impondo novas determinações e objetivos, especialmente para o ensino superior, que vem sofrendo transformações em sua estrutura administrativa, financeira e na elaboração das pesquisas acadêmicas.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, G. *Trabalho e mundialização do capital: a nova degradação do trabalho na era da globalização*. São Paulo: Praxis, 1999.
- ANDERSON, P. *Balanço do neoliberalismo. Pós-neoliberalismo: As políticas sociais e o Estado democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- CARCANHOLO, M. D. *Neoliberalismo e o Consenso de Washington: a verdadeira concepção de desenvolvimento do governo FHC. Neoliberalismo: a tragédia do nosso tempo*. São Paulo: Cortez, 1998.
- GAIO, A. Reações das instituições militares ao processo de globalização. In: DOWBOR, L. *Desafios da globalização*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.
- IANNI, O. *A sociedade global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.
- FOLHA DE S.PAULO, 11. jul. 1999, p. 17.
- ORTIZ, R. *A moderna tradição brasileira: cultura brasileira e indústria cultural*. São Paulo: Brasiliense, 1998.
- VIEIRA, L. *Cidadania e globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1997.

# A PROVA ESCRITA NA TUTELA MONITÓRIA

Marcelo Brandão FONTANA \*

## RESUMO

Quando falamos acerca da tutela monitória, logo constatamos que um ponto sensível merece uma atenção especial: qual o significado e o alcance da expressão “prova escrita”, inserida pelo legislador no artigo 1.102a do Código de Processo Civil, que possibilitaria ao credor ingressar com a demanda monitória? Pretendemos aqui através de um exame doutrinário e jurisprudencial, traçar um perfil do que realmente pretendeu o legislador com a nomenclatura “prova escrita” e a sua liquidez, especialmente quando nos deparamos com pedido referente a pagamento de determinada soma em dinheiro.

**Palavras-chave:** processo civil, tutelas diferenciadas, ação monitória, prova escrita.

## SUMMARY

When we talk about the monitory tutorship, we soon realize that a perceptible point deserves a special attention: what is the meaning and the reach of the expression “written proof”, inserted by the law making authority in the article 1.102 of the Processual Civil Code, which would allow the creditor to enter with the monitory lawsuit? We intend here, through a jurisprudential and doctrinaire examination, to draw a profile of what really intended the law making authority with the nomenclature “written proof” and its liquidness, especially when we come upon with a demand referent to the payment of a certain amount of money.

**Key words:** Civil Process; different tutorships; monitory action; written proof.

## 1. A Monitória no ordenamento jurídico brasileiro. Uma espécie do gênero tutelas jurisdicionais diferenciadas

A reforma do direito processual civil, em voga há mais de uma década, vem tentando, com sucesso, introduzir no nosso ordenamento jurídico mecanismos cada vez mais eficazes e diferenciados, com o propósito de conceder um efetivo acesso à

---

\* 1. Mestrando em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba-SP,  
2. Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da UNIMAR.

justiça, ou, como quer a moderna corrente processualista, acesso à ordem jurídica justa<sup>1</sup>.

Sabemos que a conjuntura nacional envolvendo a questão da justiça<sup>2</sup> é lamentável e desacreditada. O cidadão brasileiro, em decorrência da própria história do poder judiciário, quando da necessidade de acionar a tutela jurisdicional do Estado, acredita que o sucesso de sua demanda e a satisfação de seu interesse não serão prontamente atendidos. Do contrário, os diversos meios de defesa utilizados pelos devedores em respostas às pretensões deduzidas em juízo, geralmente protelatórias, colocam em xeque o próprio escopo do processo e a crença pela majestade da justiça.

Algumas leis<sup>3</sup>, editadas especialmente a partir de 1993, passaram a ganhar vigência na ordem jurídica nacional com o fim principal de, num lapso temporal diminuto, conceder às partes que se socorrem das vias judiciais seus respectivos direitos. É o processo a serviço do direito materia.<sup>4</sup> A cada direito invocado, um tipo específico de tutela capaz de, em breve espaço de tempo, e a custos baixos, amparar o direito invocado pelo seu titular.

Foi assim que, motivado também pelo sentimento de mudanças, bem como pela incansável e inesgotável busca de tutelas diferenciadas, o legislador introduziu no ordenamento jurídico, em 14 de julho de 1995, por sugestão do projeto de lei 3.805/93, apresentado pela Comissão de Reforma presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira, três dispositivos, na parte derradeira do artigo 1.102 do CPC, que tratam dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. Cuida-se de um instrumento jurídico muito utilizado no direito europeu<sup>5</sup>.

Com efeito, reza a Lei nº. 9.079, de 14 de julho de 1995:

“Art. 1102a. A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Art. 1102b. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias.

Art. 1102c. No prazo previsto no artigo anterior, poderá o réu oferecer embar-

1. WATANABE, K. *Acesso à Justiça e sociedade moderna. Participação e processo*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1987.

2. O termo justiça, no presente texto, deve ser entendido como a estrutura do Poder Judiciário, como um todo.

3. Podemos destacar as seguintes Leis: 8.898, de 29.6.1994 (Liquidação de Sentença); 8.950, de 13.12.1994 (Recursos); 8.951, de 13.12.1994 (Ação de Consignação em Pagamento e Ação de usucapião); 8.952, de 13.12.1994 (Normas Gerais do Direito Processual, Tutela Jurisdicional Antecipada, Conciliação, Atos Processuais, Processo Cautelar etc.); 8.953, de 13.12.1994 (Processo de execução); 9.139, de 30.11.1995 (Agravo); 9.245, de 26.12.1995 (Procedimentos Sumários).

4. DINAMARCO, C. R. *Instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

5. ALVIM, J.E. C. *Procedimento Monitório*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 35-36.

gos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista do Livro II, Título II, Capítulos II e IV.

§ 1º. Cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios.

§ 2º. Os embargos independem de prévia segurança do juízo e serão processados nos próprios autos, pelo procedimento ordinário.

§ 3º. Rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV.

Art. 2 Esta Lei entra em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.”

Encontramos, aqui, um novo tipo de tutela colocada à disposição do credor para, de forma eficaz e sem aquele formalismo exacerbado do procedimento ordinário, garantir-lhe a rápida prestação jurisdicional do Estado, ou melhor, a formação do título executivo, uma vez que este é seu fim último.

Aliás, a Exposição de Motivos da Lei nº. 9.079/95 mostra-nos que o legislador buscou esse tipo de instrumento “com o objetivo de desburocratizar, agilizar e dar efetividade ao processo civil. A proposta introduz, no atual direito brasileiro, a ação monitória, que representa o procedimento de maior sucesso no direito europeu, adaptando o seu modelo à nossa realidade, com as cautelas que a inovação recomenda. A finalidade do procedimento monitório, que tem profundas raízes também no antigo direito luso-brasileiro, é abreviar, de forma inteligente e hábil, o caminho para a formação do título executivo, controlando o geralmente moroso e caro procedimento ordinário”.

Marinoni<sup>6</sup>, jurista sempre preocupado com a problemática envolvendo o acesso à justiça e o estudo de instrumentos diferenciados para a rápida e efetiva solução dos litígios, consigna que a demanda monitória é, de fato, um mecanismo de grande importância para a efetividade do processo. E mais, reforça a idéia de que as chamadas tutelas diferenciadas são necessárias para assegurar o exercício do direito à adequada tutela jurisdicional. Para o autor acima, “o processo, por ser a contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos da proibição da autotutela, deve traduzir-se na disposição prévia dos meios de tutela jurisdicional (de procedimentos, provimentos e meios executórios) adequados às necessidades da tutela de cada uma das situações de direito substancial”.

Seguindo o mesmo raciocínio, Carreira Alvim<sup>7</sup>, apreciando a finalidade do processo monitório, escreve que o fim a ser buscado pela monitória é simplificar o lento e moroso processo de cognição, uma vez que o credor deveria suportar vários entraves até obter uma condenação. Com esse tipo de tutela, o credor atinge a providência condenatória diretamente, evitando-se perda de tempo e dinheiro. O credor

---

6. MARINONI, L. G. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.165-166.

7. ALVIM, J. E. C. op. cit., p.43.

forma, assim, o mais rápido possível, o título executivo.

Estudos mostraram que em diversas hipóteses os devedores não têm interesse em discutir os direitos invocados por seus credores, principalmente aqueles demonstrados através de prova escrita, ou que podem ser evidenciados em alto grau de probabilidade, o que não justificaria a demora e o custo da cognição ordinária. No processo monitorio, abre-se a possibilidade para o devedor efetuar o pagamento da dívida, sem custos, porque os honorários advocatícios e custas processuais correrão por conta do credor; ou, se permanecer omissivo, abre-se ensejo à formação rápida do título executivo, uma vez que não há sentença de procedência da ação monitoria.<sup>8</sup>

Proto Pisani, apud Marinoni<sup>9</sup>, comenta que a história mostra que o procedimento comum tem um custo altíssimo para as partes e para a administração da justiça. Muitas vezes, a plena realização do contraditório é inoperante e, o que é pior, apresenta sérios riscos; dentre eles, destaca:

*a) servir de estímulo para contestações ou resistências sem qualquer consistência, apresentadas pelo réu que não tem razão, apenas com o intuito de lucrar com o tempo necessário para a conclusão do processo; b) de abarrotar, além da medida, a administração da justiça, com processos de conhecimento inúteis, aumentando o seu número, paralisando o seu desenvolvimento e de qualquer forma alongando a sua duração.”*

A doutrina nacional ensina que a demanda monitoria é um remédio criado pelo legislador para eliminar o processo de conhecimento, possibilitando ao devedor escolher entre o pagamento da dívida e o debate judicial. Garante à parte o rápido acesso à execução, desprezando o moroso e cansativo trâmite oferecido pelo rito ordinário<sup>10</sup>. Nessa linha, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira, citado por Humberto Theodoro Júnior, assinalou que :

*“[...] somente procedimentos rápidos e eficazes têm o condão de realizar o verdadeiro escopo do processo. Daí a imprescindibilidade de um novo processo: ágil seguro e moderno, sem as amarras fetichistas do passado e do presente, apto a servir de instrumento à realização da justiça, à defesa da cidadania, a viabilizar a convivência humana e a própria arte de viver”.*<sup>11</sup>

Como se vê, os caminhos que devem seguir a doutrina e a jurisprudência para a interpretação da Lei nº 9.079/95 são aqueles contrários que a história e a experiência demonstraram, em relação ao processo de conhecimento. Com isso,

8. No processo monitorio, a formação do título executivo judicial é automática, sem que haja necessidade do provimento judicial. Decorre da própria lei. Aliás, seria um absurdo o credor aguardar uma decisão judicial, sua publicação e o prazo para o trânsito em julgado. Seria ordinalizar o processo monitorio que, com ele, não se confunde.

9. MARINONI, op. cit., p. 505)

10. THEODORO JÚNIOR, H. Ação Monitoria - prova escrita - conceito - iliquidez - momento de sua arguição, *Revista de Direito Civil e Processo Civil*, Porto Alegre: Síntese, vol. 1, n.º1, p. 62

11. THEODORO JÚNIOR. *Revista de Direito Civil e Processo Civil*, p. 62.

pretende-se eliminar a perda de tempo, os custos elevadíssimos e formalidades não pretendidas pelo legislador, cujos entraves colidem com o espírito da referida lei.

Cuida-se, em linhas finais, de um instrumento diferenciado colocado à disposição do credor de quantia certa ou de coisa determinada, sem eficácia executiva, crédito esse demonstrado, sumariamente, através de prova escrita, cujo titular busca o provimento do Estado para a satisfação de seu interesse, caracterizado na expedição do mandado de pagamento. Ao devedor resta, no prazo legal, cumprir a ordem, efetuando a quitação da quantia reclamada, apresentar seus embargos ou, ainda, permanecer na inação, quando então a prova escrita convalesce em título executivo judicial.

É uma ótima experiência, com certeza, mas que somente saberemos de seus resultados quando a história nos contar.

## 2. A efetividade como norte da demanda monitória

A doutrina nos mostra que o horizonte a ser percorrido pela hermenêutica jurídica, como forma de melhor entender o fim da ação monitória, é um só: o da efetividade. Vale dizer, o processo deve traduzir, ao mesmo tempo confiança, segurança e rapidez.

Para compreendermos a efetividade do processo, é imperioso verificarmos quais são seus escopos. A doutrina nos indica três. O primeiro deles é o fim social, que se traduz da educação do cidadão para o exercício dos próprios direitos e no respeito ao de terceiros. O segundo escopo traduz-se na preservação dos valores de liberdade, da oferta de mecanismos que possibilitem o cidadão a participar do destino da Nação e do Estado. É preservar o ordenamento jurídico e sua autoridade. E, o último, o fim jurídico que, singelamente, reflete a idéia de atuação da vontade concreta do direito.<sup>12</sup> Com isso, o legislador deve atender aos anseios da comunidade a que faz parte, a fim de eliminar os entraves, os chamados pontos sensíveis que impedem o efetivo acesso à ordem jurídica justa. São eles: a) admissão ao processo; b) o modo de ser do processo; c) justiça das decisões e, d) utilidade das decisões.<sup>13</sup>

A necessidade da sociedade é por procedimentos judiciais céleres e que proporcionem maior segurança na distribuição da justiça. O legislador tem que se preocupar em conceder, aos cidadãos, armas jurídicas aptas a garantir um pleno acesso à ordem jurídica justa. Isto implica custos processuais condizentes com as partes litigantes, redução do tempo para a entrega da prestação jurisdicional e, sobretudo, resultados práticos e eficazes. O slogan “tempos de mudanças” foi a bandeira utilizada pela doutrina internacional de direito processual civil, muito bem aceita pela brasileira, diga-se de passagem, que estudou o processo sob a perspectiva da sua efetividade. De nada adianta pretender amparar direitos, se não existem aparelhos ou estruturas jurídicas suficientes para concedê-los e/ou preservá-los de forma harmoniosa e eficaz. Todos clamam por um processo de resultado.

A comunidade jurídica, sensibilizada com a delicada posição do cida-

12. CINTRA, A. GRINOVER, A. P. G. e DINAMARCO. C. R. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 24-25.

13. Idem, *ibidem*, p. 34-35.



dão, esforça-se cada vez mais para criar e estabelecer novas regras que permitam tutelar, efetivamente, direitos. Novos caminhos são percorridos para fazer valer a máxima chiovendianade justiça<sup>14</sup>, dentre os quais a “onda renovadora” tem como meta racionalizar o processo com a maior participação do cidadão.

Em suma, podemos afirmar, sem medo de equívocos, que a lei que trata da demanda monitória tem a preocupação de melhor atender aos reclamos da sociedade descrente com o sistema judiciário. As normas jurídicas insculpidas naquela lei devem ser interpretadas de conformidade com o fim do processo, refletindo segurança, rapidez, enfim, efetividade.

Em face disso, a questão envolvendo a prova escrita e sua liquidez assim devem ser entendidas e interpretadas, sob pena de criar outros obstáculos não pretendidos pelo legislador.

Este é o nosso propósito.

### 3. A prova escrita e o seu quantum debeatur

#### 3.1 Ausência de um conceito de prova escrita

Questão interessante e discutida pela doutrina e jurisprudência nacional é a referente à prova escrita e sua respectiva liquidez. Para que o titular do crédito possa fazer valer o seu direito em face do devedor da obrigação, qual ou quais as provas admitidas? Devem ser emanadas pelos devedores? E o quantum devido? Estas são algumas questões que tentaremos responder.

O artigo 1.102a do Código de Processo Civil estabelece que a ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma de dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. O dispositivo prescreve as condições de admissibilidade<sup>15</sup> da demanda monitória, sendo uma delas a existência de prova escrita sem eficácia de título executivo. Mas o que vem a ser prova escrita sem eficácia de título executivo?

A priori, poderíamos entender que, para instruir uma demanda monitória, somente bastassem os documentos<sup>16</sup> que não estivessem formalmente perfeitos para o ajuizamento da demanda executiva. Mas não é bem assim. A prova escrita pretendida pelo legislador é mais ampla.

Antes de tudo, é necessário esclarecer que não há no ordenamento jurídico brasileiro um conceito de prova escrita. Entretanto, é voz corrente na doutrina que, para ajuizar uma demanda monitória, deve o credor estar municiado de prova escrita

14. Justiça é dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Adicione-se, a isso, em menor tempo possível e a custos reduzidos.

15. Podemos destacar como condições do processo monitório a existência de: a) pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou determinados bens móveis; b) o autor da demanda monitória deve ser titular do crédito reclamado; c) existência de prova escrita.

16. ALVIM, J.E. C., citando Salvatore Satta, embora o art. 1.102a fale de “prova escrita, deve-se considerar que, no processo injuntivo, não tem vez a prova, pelo que esse termo deve traduzir na verdade o documento do qual o crédito procede. Atividade efetivamente probatória só haverá se vier a ser instaurado o contraditório, com a oposição de embargos pelo devedor”. (*Procedimento Monitório*, p. 51).



grafada, seja ela pré-constituída ou casual<sup>17</sup>. Entendemos como prova pré-constituída aquela confeccionada anteriormente ao nascimento de um direito ou obrigação. Tem a finalidade de demonstrar, a priori, a existência do fato que se pretende provar. É, portanto, sempre anterior à obrigação. Já as chamadas provas casuais têm escopos diversos, uma vez que não demonstram, previamente, a existência da obrigação ou direito<sup>18</sup>.

Bem lembra a doutrina que a prova escrita exigida pelo legislador não precisa ser aquela revestida das formalidades exigidas pela Lei, mas também não pode constituir simples começo de prova escrita descrita pelo artigo 402, I do CPC<sup>19</sup>. Para esse tipo de prova, que representa apenas sua origem, deve o credor demonstrar suas alegações através de outros meios de prova, valendo-se, inclusive da via ordinária.

Nesta toada, é prova escrita para fins de demanda monitória a nota ou missiva confeccionada e encaminhada pelo devedor ao credor apenas ratificando esta sua condição, mas sem especificar valores, ou uma proposta de parcelamento da dívida; o orçamento do dentista assinado pelo paciente; a carta do cliente dirigida ao advogado, anuindo à questão de honorários, forma de pagamento; dentre vários outros exemplos.

A melhor doutrina escreve que o procedimento monitório

*“é o instrumento para a constituição do título judicial a partir de um pré-título, a prova escrita da obrigação, em que o título se constitui não por sentença de processo de conhecimento e cognição profunda, mas por fatos processuais, quais sejam a não apresentação de embargos, sua rejeição ou improcedência. Em resumo, qualquer prova escrita de obrigação de pagamento em dinheiro, entrega de coisa ou determinado bem móvel é um pré-título que pode vir a se tornar título se ocorrer um dos fatos acima indicados.”*<sup>20</sup>

É do mesmo escólio da lição de Marcato, citado por Theodoro Júnior:

*“deve ser considerado documento hábil, a respaldar a pretensão à tutela monitória, aquele produzido na forma escrita e dotado de aptidão e suficiência para influir na formação do livre convencimento do juiz acerca da probabilidade do direito afirmado pelo autor, como influiria se tivesse utilizado no processo de cognição plena. Em síntese - e aqui lançamos mão de entendimento jurisprudencial já consolidado na Itália -- , qualquer documento que seja merecedor de fé quanto à sua autenticidade.”*<sup>21</sup>

17. ALVIM, J. E. C. op. cit, 2001, p. 51

18 “O que distingue a prova escrita” pré-constituída, da prova escrita “casual” é a finalidade a que a priori se destina a primeira, de servir de prova do fato que se quer provar, objetivo ausente na segunda, que apenas casualmente se presta a esse desiderato.”(Idem ibidem, p. 52)

19 Art. 402, I, do CPC. Começo de prova por escrito é aquele emanado da parte contra quem se pretende utilizá-lo.

20 GRECCO FILHO, V. Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitória.

21. THEODORO JÚNIOR, H. *Revista de Direito Civil e Processo Civil*, Porto Alegre: Síntese, p. 62.

cindível que esta seja analisada sob a ótica da posição do devedor e o juízo de admissibilidade.

### **3.2 A prova escrita não precisa ser emanada pelo devedor. A possibilidade de o credor ajuizar a ação com base em vários documentos**

É importante destacarmos a irrelevância de o documento estar subscrito ou não pelo devedor<sup>22</sup> Primeiro, porque a lei não exigiu. Segundo, o mais importante, o autor pode anexar vários outros documentos que, somados, são capazes de formar o convencimento do magistrado acerca do direito invocado, uma vez que a prova produzida na fase sumária é somente aquela que seja capaz de formar um mero juízo de probabilidade. Aliás, o credor poderá lançar mão de documentos produzidos unilateralmente que, somados a outros elementos, tenham força suficiente para formar a convicção do juiz e, conseqüentemente, um conjunto idôneo e apto.

É novamente de Marcato<sup>23</sup> a lição de que

*“ é deferida ao autor a possibilidade de instruir sua petição inicial com dois ou mais documentos, sempre que a insuficiência de um possa ser suprida por outro (isto é, em seu conjunto a prova documental tenha aptidão para induzir a formação do convencimento do juiz), ou de valer-se de documento proveniente de terceiro, desde que ele tenha aptidão para, isoladamente ou em conjunto com outro, demonstrar a existência de uma relação jurídica material que envolve autor e réu, ainda, para atestar a exigibilidade e a liquidez da prestação”.*

O acórdão proferido pela 3.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Alçada de Minas Gerais lançou entendimento de que o credor, para ingressar com ação monitória, deve possuir documento escrito. E mais, que esse documento não precisa estar assinado pelo devedor, não obstante a maioria o seja. E, por último, o credor pode valer-se de vários documentos que, somados, formam um conjunto probatório apto a ensejar a demanda monitória.

**“Ação monitória possui como requisito essencial o documento escrito. Se este, apesar de não possuir a eficácia de título executivo, permite a identificação de um crédito, gozando de valor probante, sendo merecedor de fé, quanto à sua autenticidade e eficácia probatória, possibilita o procedimento monitório.**

**Embora seja o documento escrito o mais comum do título monitório o que vem**

22. Ação Monitória – Triplicatas sem aceite – Prova da entrega de mercadoria – 1. A documentação consistente em triplicatas sem aceite e notas fiscais serve para o ajuizamento da ação monitória, não se exigindo que contenha a assinatura do devedor, como pretende a recorrente. 2. Recurso especial não conhecido. (STJ – Ac. 199900122968 – RESP 203811 – MG – 3<sup>a</sup> T. – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU 27.03.2000 – p. 00096)

23. THEODORO JÚNIOR, H. op. cit., p. 67.

assinado pelo próprio devedor, a restrição do procedimento monitorio a estes casos não traduziria em toda a extensão o alcance dessa prova. Pode a lei ou o próprio contrato fazer presumir que certas formas escritas, embora não contendo a assinatura do devedor, relevem certeza e liquidez processuais da obrigação.

A boleta bancária, expedida em favor de estabelecimento de ensino, relativa à cobrança de mensalidade, acompanhada da prova do contrato de prestação de serviço, enquadra-se no conceito de prova escrita do art. 1.102a do CPC.<sup>24</sup>

Podemos citar como exemplos, também, o credor de locatício que não tenha contrato escrito, mas, em contrapartida, possua o termo de entrega das chaves do imóvel locado ou uma carta de seu locatário entregando o prédio. O locatário poderá valer-se da demanda monitoria anexando, ao seu pedido, o termo de entrega das chaves (prova escrita, portanto) e os recibos dos meses anteriores para demonstrar o quantum devido, demonstrando a liquidez.

Em contrapartida, já se decidiu<sup>25</sup> que não é prova escrita a simples notificação encaminhada pelo credor ao devedor, dando conta da existência de um débito, não possuindo referido documento o mínimo de credibilidade para formar o juízo de admissibilidade do julgador.

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou questão envolvendo duplicatas sem aceite, sem recibo de entrega das mercadorias, mas devidamente protestadas, e decidiu pela possibilidade de anexá-las ao pedido monitorio<sup>26</sup>. Ficou evidenciado no corpo do acórdão que não há necessidade de a prova escrita ser emanada pelo devedor. Os documentos juntados pelo autor da monitoria devem demonstrar, razoavelmente, a existência da obrigação de pagar determinada soma em dinheiro.

O mesmo Superior Tribunal de Justiça, apreciando ainda questão referente às duplicatas sem aceite, decidiu que o devedor que permanece inerte com o protesto dos títulos presumivelmente tenha concordado, pelo menos, com a existência da dívida, sendo, portanto, tais duplicatas, aptas a instruir o procedimento monitorio<sup>27</sup>.

Não é por demais lembrar que o credor pode instruir seu pedido monitorio com um documento emitido unilateralmente, mas é necessário que esteja acompanhado de outros capazes de formarem a convicção do julgador. Vislumbra-se, assim, um conjunto probatório idôneo e eficaz.

### 3.3 A prova escrita, o juízo de admissibilidade e o quantum debeat

O conceito de prova escrita, também, deve ser encarado sob a ótica do juízo de admissibilidade da demanda monitoria, porquanto basta apenas a prova que permita ao juiz chegar a um juízo de probabilidade, não sendo necessária uma prova que demonstre o fato constitutivo<sup>28</sup>.

Marinoni, mais uma vez, nos dá a lição:

24. Ap. Civ. 228.881-7, 3. a Câm., j. em 11.12.1996, rel. Juiz Wander Marotta.

25. TAMG. Ap. Civ. 220.758-1 - 3a. Câm. Cív. J. 21.08.1996 - Rel. Juíza Jurema Brasil Marins.

26. Resp. 204.894 - Rel. Ministro Waldemar Zveiter - j. 19/02/2001.

27. Resp. 247.34/MG - Rel. Ministro Ruy Rosado Aguiar - j. 22/05/2000.

*“Contudo, para que a doutrina possa se desincumbir desta tarefa adequadamente é imprescindível que ela esteja atenta para a razão pela qual exige-se a prova escrita. É preciso que fique claro o motivo que levou o legislador a condicionar o uso da ação monitória à presença de prova escrita, demonstrando-se que “prova escrita” não é sinônimo de “prova que pode demonstrar o fato constitutivo do direito, até porque o procedimento monitório não pode ser confundido com um procedimento verdadeiramente documental, como é aquele em que se veda a produção de prova diferente da documental (mandado de segurança)”.*<sup>29</sup>

Nessa perspectiva, é importante frisar, portanto, que não é o critério da “certeza” que deve buscar o julgador quando da análise primeira da demanda monitória. O documento, a prova escrita que deve juntar o credor ao pedido é aquele que possa garantir ao magistrado firmar um juízo de admissibilidade do direito invocado por aquele, nada mais. Não há uma análise profunda do direito do autor, posto que, do contrário, geraria um formalismo excessivo. Se fosse exigir do credor demonstrar um direito líquido e certo, não haveria razão para dar-lhe oportunidade de, nos embargos, produzir prova<sup>30</sup>. O direito de defesa concedido ao credor e ao devedor é amplo.

O juiz, ao apreciar o juízo de admissibilidade de uma demanda monitória, verificará se a prova trazida pelo credor é apta para procedimento monitório, ou seja, se ela perpassa pelo crivo da probabilidade, sem que haja necessidade de imergir na questão da prova. A partir de então, qualquer tipo de matéria deve ser levantada e discutida nos embargos<sup>31</sup>, fato que nenhum prejuízo, frise-se, causa ao devedor, porquanto a apresentação dos embargos independe da segurança do juízo.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu.

*“Ação Monitória - Prova escrita - Adquirente de imóvel que se obriga a pagar as despesas de conservação do empreendimento - Exordial instruída com a promessa de compra e venda, a escritura padrão e a planilha dos custos - Via idônea - A questão referente à efetiva prestação dos serviços e seus custos proporcionais atribuídos à ré constitui matéria de mérito, a ser alegada em eventuais embargos e solvida na sentença. Requisito da “prova escrita” satisfeita no caso. Recurso especial conhecido e provido.”*<sup>32</sup>

O procedimento monitório, dessa forma, faculta ao devedor os mesmos meios de defesa do rito ordinário. Vale dizer, é concedida ao devedor a ampla defesa, surgindo daí a cognição exauriente. Não há razão, portanto, para se pensar que prova escrita seja absoluta e inquestionável. A própria posição geográfica em que se situa a demanda monitória - entre a execução e ação ordinária -, permite chegar-se à conclu-

---

28. MARINONI, L.G., op. cit., p. 169.

29. Idem, ibidem., p. 169

30. Idem, ibidem., p. 170

31. Com a interposição dos embargos, a produção de prova é ampla. Tanto ao credor, quanto ao devedor são conferidos direitos de produzir provas. Há a cognição exauriente.

32. STJ - RESP 246863 - SP - 4ª T. - Rel. Min. Barros Monteiro - DJU 27.11.2000 - p. 169.

são de que a prova pretendida é, sem dúvida, de menor complexidade e formalidade. Já que o procedimento monitorio se situa entre o processo executivo e o ordinário, a questão da “prova escrita”, exigida no artigo 1.102a do estatuto processual brasileiro, também aí deveria ser tratada. O credor de determinada soma em dinheiro, por exemplo, para valer-se da tutela monitoria, deve possuir prova escrita que não lhe abra as portas da via executiva, como também não seja tão exaustiva como aquela exigida pela via ordinária. A prova escrita deve retratar, a princípio, um juízo de probabilidade para o magistrado.

É de Cândido Rangel Dinamarco<sup>33</sup> a lição

*“Com a técnica da tutela monitoria constitui um patamar intermediário entre a executiva e a cognitiva, também para valer-se dela o sujeito deve fornecer ao juiz uma situação na qual, embora não haja toda aquela probabilidade haja e seja demonstrada prima facie. É uma questão de grau, portanto, e só a experiência no trato do instituto podertá conduzir à definição de critérios mais objetivos.”*

Carreira Alvim sustenta: “Para fundamentar uma ação monitoria, o que se exige é que se trate de prova escrita, pouco importando a sua natureza ou o momento da sua formação. Pouco importa também suas características, podendo ser um bilhete privado, uma carta missiva, um bilhete de loteria, um bilhete de rifa, desde que tenha autoria comprovada (no sentido de quem seja o seu autor) <sup>34</sup>”.

Seguindo a mesma orientação da doutrina, a jurisprudência de nossos tribunais é no mesmo sentido. Acórdão proferido pela 5a. Câmara Cível do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, em julgado publicado na Revista dos Tribunais 784/308, deixou evidente que “ao apreciar a petição inicial da ação monitoria o Juiz realiza cognição sumária ao valorar a prova escrita, que pode consubstanciar-se num documento ou num conjunto de documentos. Convencido o Juiz de que há alto grau de probabilidade de verossimilhança deve conceder a tutela monitoria, uma vez que a cognição plena dependerá da atividade do devedor <sup>35</sup>”.

Portanto, para conhecer da probabilidade do direito do autor, o magistrado analisará a idoneidade da prova carreada pelo credor, bem como verificará se a soma pleiteada é líquida. Vale dizer, se não depende de ato posterior para se chegar ao quantum debeatur. Já se decidiu<sup>36</sup> que é impertinente a liquidação no procedimento monitorio para se apurar o valor da dívida, porquanto seria um ritual inadequado à celeridade e caráter sumário da ação monitoria.

A própria natureza do processo monitorio repele a idéia de admitir a formulação de pedido ilíquido. O credor, ao manejar seu pedido, tem a obrigação de indicar o exato valor que está sendo cobrado, sob pena de restar indeferida sua petição inicial. Eventual discussão do quantum é matéria a ser levantada em sede de embargos.

Valendo-se desses raciocínios é inviável o credor pedir quantia incerta, a qual seria objeto de futura liquidação. A expedição do mandado de pagamento depende, portanto, da prova escrita oferecida pelo credor e, também, da demonstração da

33. DINAMARCO, C. R. op. cit., p. 235-236.

34. ALVIM, J. E. C. op. cit., p. 52.

35. Ap. S/ Rev 651.910-00/6 - 5a. Câmara. - j. 13.09.2000 - rel. Juiz Pereira Caldas.

36. TARS - Ap. Cív. 196.108.492 - 6a Câmara. Cív. - j. 0.08.96 - rel. Juiz José Carlos Teixeira

quantia que pretende receber.

Theodoro Júnior<sup>37</sup>, abordando a liquidez da prova escrita, ensina:

*“A prova a cargo do autor tem que evidenciar, por si só, a liquidez, certeza e exigibilidade da obrigação, porque o mandado de pagamento a ser expedido liminarmente tem de individualizar a prestação reclamada pelo autor, e não haverá oportunidade para o credor completar a comprovação do crédito e seu respectivo objeto. Além disso, o mandado de pagamento só pode apoiar-se em obrigação cuja existência não reclame ulterior e cuja atualidade já esteja adequadamente comprovada.”*

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso emanou decisão de que, da petição inicial de uma ação monitória, deve constar a memória do cálculo, discriminadamente. A ementa do acórdão diz ser condição da demanda monitória que o credor demonstre a existência de seu crédito, bem como<sup>38</sup> consigne expressamente da inicial o cálculo referente ao débito, segundo o indexador aplicável, bem como, se incidente, a correção monetária.

Uma questão, recentemente uniformizada<sup>39</sup> pelo Superior Tribunal de Justiça, é a pertinente à viabilidade da demanda monitória, com base nos contratos bancários de abertura de crédito em conta corrente. Ficou, dessa forma, assentado que não há que se falar em iliquidez e incerteza da obrigação, porquanto os extratos, embora confeccionados unilateralmente, e o contrato provam satisfatoriamente a existência da obrigação de pagar e o quantum<sup>40</sup>. Caso o devedor pretenda discutir a dívida, fica a matéria reservada para os embargos<sup>41</sup>. Vejamos.

A liquidez deverá ser demonstrada através da memória discriminada do débito, a teor do artigo 604 do Código de Processo Civil, sendo, portanto, requisito da petição inicial. Como salientamos, ao réu será concedida a ampla oportunidade para questionar o quantum cobrado e a forma como o credor atingiu esse montante nos embargos, que é a sede própria.

#### 4. À guisa de considerações finais

Desenham-se, assim, através das chamadas tutelas diferenciadas, dentre as quais se encaixa a monitória, novos quadros e molduras, trabalhados para atender às suas especificidades. Vale dizer, para cada tipo de prestação jurisdicional um instrumento jurídico hábil, forte e que seja capaz de preservar direitos e atender e enaltecer o escopo do processo.

Os operadores do direito devem dar uma interpretação exata e razoável ao

37. THEODORO JÚNIOR, H. op. cit., p. 164.

38. STJ - Resp 188375 - MG - 3ª T. - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito - DJU 18/10/1999, p. 230.

39. O Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula 247, com a seguinte redação: “O contrato de abertura de crédito em conta corrente, acompanhado do seu demonstrativo do débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória”.

40. TJMT - Ap. Civ. 18.242 - 2a. Câ. - j. 22.10.96 - Rel. Des. Benedito Pereira do Nascimento

41. STJ - RESP 267840- MG - 4ª T. - Rel. Min. Barros Monteiro - DJU 27/11/2000, p. 172.

que pretendeu o legislador, quando introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 9.079, de 14 de julho de 1995, principalmente em face da finalidade do instituto, uma vez que o procedimento monitório tem importância ímpar para que o processo atinja seu escopo magno<sup>42</sup>, qual seja: no menor tempo possível, dar a cada um o que efetivamente é seu, alcançando a satisfação do interesse do titular do direito violado.

Os processualistas se preocupam com o valor supremo que está sendo discutido num litígio: o bem da vida. A efetividade e a instrumentalidade do processo são, de fato, mecanismos que devem ser atendidos e preservados para a realização da justiça. A experiência jurídica mostrou-nos que o procedimento ordinário, moroso e excessivamente caro é inadequado para atender aos interesses dos titulares de direitos lesados. Não há um efetivo acesso à justiça, mas, sim, um desgaste que só aumenta as angústias e insatisfações daqueles que se socorrem do poder judiciário.

Pela natureza do procedimento monitório, podemos concluir que a prova escrita exigida na primeira fase da via monitória (cognição sumária) é aquela que vem demonstrar um simples juízo de probabilidade do direito invocado pelo autor. Não se exige uma prova robusta, exaustiva, mas tão-somente uma demonstração de que o direito sustentado pelo credor perpassa pelo crivo da admissibilidade. Somente se interpostos embargos ao mandado de pagamento, é que as portas da via cognitiva se abrem e a dilação probatória se torna exaustiva, seguindo as regras do artigo 303 do Código de Processo Civil.

Como bem adverte Marinoni<sup>43</sup>:

*“Quando se almeja dispensar as provas mais elaboradas, que despendem mais tempo, requer-se prova que seja capaz de demonstrar o fato constitutivo do direito: contudo, quando se exige prova escrita como requisito da ação monitória, parte-se apenas da premissa de que o devedor poderá não apresentar embargos, permitindo ao credor um acesso mais rápido à execução forçada. A prova escrita, justamente porque pode ser associada a outros tipos de prova, não é a prova que deve fazer surgir “direito líquido e certo”, isto é, não é a prova que deve demonstrar, por si só, o fato constitutivo do direito afirmado pelo autor. A prova escrita relaciona-se apenas a um juízo de probabilidade.”*

Não obstante o acima exposto, é importante lembrar que caberá ao julgador, na análise do caso concreto, verificar se a prova “escrita” trazida pelo credor é suficiente para formar seu convencimento, mesmo que norteado pelo juízo da “mera probabilidade”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. C. *Procedimento Monitório*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001.  
CARVALHO NETTO, J. R. *Da Ação Monitória. Um ponto de Vista sobre a Lei*

42. Fala-se tanto em efetividade do processo. O procedimento monitório tem a finalidade de ser um instrumento efetivo para o real acesso à ordem jurídica justa.

43. MARINONI, L. G. *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 170.



9.079 de 14 de julho de 1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CINTRA, A., GRINOVER, A. P., DINARMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COSTA, J. R. *Ação Monitória*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARINONI, L. G. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MACEDO, E. H. *Do Procedimento Monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TALAMINI, E. *Da Tutela Monitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JUNIOR, H. *Curso de Processo Civil*. vol. 3, 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, Porto Alegre: Síntese, vol. 1, n.1, p. 61-75, set/out. 1999.

TUCCI, J. R. C. *Ação Monitória*. São Paulo: Saraiva, 1995.



# ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVIDADE PROCESSUAL

Caio Marcio LOUREIRO \*

## RESUMO

Tenciona-se com o presente apontar alguns problemas quanto ao acesso à justiça e à efetividade processual, demonstrando que a ação civil pública é verdadeiro paradigma de acesso e de efetividade.

**Palavras-chave:** acesso à justiça – efetividade processual – ação civil pública.

## SUMMARY

It is intended with this study to point out some problems related with the access to the justice and to the processual effectivity showing that the civil lawsuit is a real paradigm of access and of effectivity.

**Key words:** Access to the justice; processual effectivity; public civil lawsuit.

## 1. Prolegômenos

O tema em estudo nota-se de um dos mais importantes e intrigantes. Especialmente porque traz em sua essência não somente aspectos jurídicos, mas também econômicos, culturais, sociológicos, filosóficos, dentre outros, que estão diretamente relacionados às pessoas que precisam buscar no Estado uma solução justa aos conflitos existentes, dado que ele, Poder Constituído, tomou para si a exclusividade de resolver as divergências sociais, a pretexto de manter a ordem jurídica e a paz social.

Vê-se, desde já, que o Estado, ao tempo em que proibiu a autotutela dos direitos ou interesses, ressalvados os casos excepcionais, avocando para si a tarefa de solucionar os conflitos, automaticamente se obrigou a dar meios

---

\* 1. Mestrando em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina.Pr

2. Professor de Direito Processual Civil da UNIMAR – Marília.SP

propiciadores do acesso à justiça, bem como a efetivamente prestar essa justiça.<sup>1</sup>

Com este estudo, poder-se-á constatar, que o Estado precisa, urgentemente, criar meios que proporcionem aos jurisdicionados um maior acesso à justiça e melhor utilização dos meios já existentes, pois, a afirmação do Poder Judiciário depende disto. Para tanto, torna-se imprescindível detectar quais os obstáculos à justiça, e reconhecer a importância da ação civil pública nesse contexto, como modelo de prestação da tutela jurisdicional que consagra o acesso à justiça e à efetividade processual.

## 2. Problematizando o tema

A gênese do sistema processual civil brasileiro já revela uma das principais razões do problema. E afirmamos isso porque nosso sistema foi concebido em padrões europeus e lapidado em valores que vigiam no século passado, um tanto inócuo no mundo hodierno, onde se clama por um amplo acesso à justiça e pela efetividade processual.

Ora, como pode um modelo tradicional de prestação de tutela, estabelecido segundo valores europeus, alheio ao Brasil, funcionar? A toda evidência o Código de Processo Civil Brasileiro não atende com êxito os reclamos da sociedade, e tão pouco a forma procedimental consagrada, especialmente a ordinária, garante efetividade processual e acesso à justiça.

A forma procedimental instalada tem, na realidade, estimulado a não utilização do Estado-juiz, que avocou para si a jurisdição com a primordial função de garantir a paz coletiva, dada a sua morosidade em dar respostas, e as conceder em descompasso com os anseios sociais atuais.

Escusas se fazem oportunas pela irreverência, mas, em verdade, o Poder Judiciário se mostra apegado a tradições que o vinculam a sempre realizar uma cognição exauriente, na busca de uma convicção que não existe, eis que sempre julga com probabilidade e não com certeza.

Ao revés, deveria dar maior espaço a julgamentos baseados em uma cognição sumária (antecipação da tutela), e se apartar um pouco do exacerbado tradicionalismo, instalado por conta de um Direito Processual firmado em ultrapassados valores jurídicos, sob pena de se ter que conviver com aquilo que Kazuo Watanabe(1985, p. 2) chama de litigiosidade contida.<sup>2</sup>

Urge, pois, indagar-se qual a instrumentalidade do processo<sup>3</sup>, depois de consagrar sua autonomia científica, ou melhor, se ele é autônomo ou não, e que valia tem para aqueles que buscam no Estado a solução de seus litígios?

1. Por isso, preferimos explicitar que a jurisdição antes de ser “função”, “poder” e “atividade” do Estado, trata-se de verdadeira obrigação do Estado, que impõe como regra o monopólio jurisdicional estatal.

2. WATANABE, K. *Juizados Especiais de Pequenas Causas*, p. 2.

3. Explica Cândido Rangel Dinamarco: “O que importa acima de tudo, como ficou dito, é colocar o processo no seu devido lugar, evitando os males do exagerado ‘processualismo’ (tal é o aspecto negativo do reconhecimento do seu caráter instrumental) – e ao mesmo tempo cuidar de predispor o processo e o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados

Diante dessa realidade, é quase consenso doutrinário a necessidade de se pesquisar e descobrir novos modelos e institutos, que possam consagrar o verdadeiro acesso à justiça, imposto pela ordem constitucional em vigor no Brasil, no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A esse respeito, diz José Roberto dos Santos Bedaque (1998):

*“Ineficácia ou inefetividade da tutela jurisdicional representa verdadeira denegação dessa mesma tutela, pois não confere ao titular do direito proteção a que se propôs o Estado, ao estabelecer o monopólio da jurisdição. Direito à tutela jurisdicional, como garantia constitucional (CF, art. 5º, inciso XXXV), significa direito à tutela efetiva, o que somente se torna possível se houver instrumentos adequados para alcançar esse resultado.”<sup>4</sup>*

Contudo, acredita-se que, além disso, necessário se mostra insultar a adequada interpretação, aplicação e utilização dos instrumentos processuais já existentes, que podem proporcionar melhor acesso à justiça e efetividade processual.

Crê-se que a ação civil pública cuida-se de um destes instrumentos processuais que necessita de melhor compreensão, pois com ela consagrou-se plenamente o acesso à justiça, por parte dos interesses transindividuais.

Mas antes de evidenciar a razão pela qual se afirma isso, traduz-se por imperativo, primeiramente, explicitar sobre os obstáculos ao acesso à justiça e à efetividade processual.

### 3. Obstáculos ao acesso à justiça e à efetividade processual

---

tanto quanto possível (v. cond. n. 45). O processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa. Para chegar a essas idéias, foi preciso, sem a mínima transigência quanto à autonomia do processo perante o direito material, aceitar a tese da ‘relativização do binômio substância-processo’ (v. esp. n. 33.1, 33.2, 36.3). O processualista contemporâneo e atualizado vai deixando as posturas puramente técnicas e dogmáticas, que desempenharam seu relevantíssimo papel a partir da fundação da ciência do processo na segunda metade do século passado e durante a primeira deste. Tal foi a fase da autonomia do direito processual, que superou os males do sincretismo multi-secular, mas que agora já cumpriu seu ciclo da vida. Não se trata de renegar as finas conquistas teóricas desse período que durou cerca de um século, mas de canalizá-las a um pensamento crítico e inconformista, capaz de transformar os rumos da aplicação desse instrumento. Propõe-se, em outras palavras, a duplicidade de perspectivas, para encarar o sistema processual a partir de ângulos externos (seus escopos), sem prejuízo da introspecção do sistema. Foi dito que o processualista moderno já tem a consciência da necessidade de abandonar a visão exclusivamente interna do direito processual em seus institutos, princípios e normas, o que se vê de modo notável na obra dos processual-constitucionalistas. (DINAMARCO *A instrumentalidade do Processo*, p. 309-310).

4. BEDAQUE, J. R. S. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), p. 22.

Não há como compreender o problema do acesso à justiça e da efetividade processual sem identificar alguns de seus obstáculos. Mauro Capelletti e Bryant Garth (1988) já afirmaram:

*“Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de ‘efetividade’ é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa ‘igualdade de armas’ – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida.”<sup>5</sup>*

Há muito tempo vêm se realizando estudos com o fito de evidenciar quais são esses obstáculos, e normalmente são sintetizados em quatro: econômicos, sociais, culturais, e processuais ou formais.<sup>6</sup>

No que tange aos obstáculos econômicos, constata-se que em nossa sociedade os custos para se propor uma ação são por demais elevados, o que acaba por excluir os mais pobres, impedindo-os de ter acesso à justiça.

Inobstante esse fato, deve-se trazer à tona, também, a questão da lentidão dos processos proporcionando ao interessado custos adicionais, o que se torna para ele um desestímulo, pois, além de não conseguir o que deseja em tempo satisfatório, acaba por ter que desembolsar mais dinheiro para não ver sua pretensão frustrada, não havendo qualquer efetividade na prestação jurisdicional.

Como observa José Rogério Cruz e Tucci (1997), “a intolerável duração do processo constitui enorme obstáculo para que ele cumpra, de forma efetiva e tempestiva, os seus compromissos institucionais.”<sup>7</sup>

Com relação aos obstáculos sociais e culturais, não são poucos os estudos a demonstrar que a distância da população em relação à prestação da justiça é tanto maior quanto menor o estado social e cultural, que está intimamente ligado ao fator econômico.

Isso ocorre, primeiramente, porque a tendência não é outra senão a de que as pessoas de menores recursos acabam por não conhecerem seus direitos e, por assim ser têm mais dificuldades de discernir em que lhes afeta o fenômeno jurídico. Em segundo lugar, está o fato de que quanto mais pobre a pessoa, menor se traduz à possibilidade de conhecer algum advogado, alguém que a

5. CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*, p. 15.

6. FARIA, J. E. (org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, p. 46.

7. TUCCI, J. R. C. e. *Tempo e Processo*, p. 145.

possa representar, na defesa de seu interesse, sendo menos provável ainda que na região onde more existam escritórios de advocacia ou Fóruns e Tribunais que lhe garantam a prestação jurisdicional.<sup>8</sup>

Nesse contexto dos obstáculos sociais e culturais, insere-se a falta de educação da população, que a torna incapaz de compreender ao menos que vive em um Estado Democrático, onde o poder emana do povo e deve ser exercido a bem do povo e para ele, como também, que se trata de obrigação do Estado colocar à disposição desse povo meios que lhe garantam o acesso à justiça, bem como que existe um Estado-juiz obrigado a lhe prestar a tutela jurisdicional.<sup>9</sup>

Não menos imorais são os obstáculos processuais ou formais, os quais, muitas vezes, a pretexto de um formalismo injustificado, acabam por inviabilizar o acesso à justiça.

Citamos, por exemplo, o fato de atualmente a concepção individualista dos litígios já não mais figurar isolada no panorama processual, existindo interesses transindividuais que precisam ser tutelados. Contudo, por diversas ocasiões, depara-se com um Judiciário truncado em seus tradicionais valores, negando-se, por exemplo, a prestar a tutela jurisdicional por não reconhecer legitimidade às Instituições que se levantam na defesa de forma coletiva dos consumidores, dos portadores de deficiência, do meio ambiente, dos idosos, dentre outros, preferindo conviver com o risco de perecimento do direito substancial, a pretexto de uma autonomia ou formalidade processual injustificável.

Esquecem, os responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional, que com a existência de todos esses obstáculos acabam por afrontar o princípio e garantia constitucional constante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o qual prescreve: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Furtam-se a reconhecer que a todos, considerados individualmente ou coletivamente, está garantido o acesso à justiça, bastando apenas efetivá-lo, pois, caso contrário, cada vez mais criará força o fenômeno da litigiosidade contida ou, até mesmo, aumentará a ocorrência da violência como meio de se solucionar os litígios, da mesma forma como ocorria na sociedade primitiva.

Mas o que fazer diante da realidade apresentada? Existem marcos já consagrados que coatem mudanças.

#### 4. Marcos já consagrados que coatem mudanças

Além das posições defendidas até este momento do estudo, mister se faz reconhecer que já existem marcos a coatar mudanças de atitude há muito consagradas no Direito e na doutrina, os quais não são meras convicções, mas princípios a serem obrigatoriamente observados quando se fala em acesso à justiça e efetividade processual.

Assim, com este tópico, pretende-se demonstrar que existem marcos a

8 FARIA, J. E. op. cit, p. 49.

9 Nesse sentido, retorne ao item “Prolegômenos” e observe nota sobre a jurisdição.

obrigar a tomada de posições para mudar o atuar jurídico, para se propiciar o acesso à justiça e a efetividade processual.

Importa dizer que se têm pressupostos teóricos suficientes que precisam ser levados a sério, que coagem os responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional a adequar sua atuação, com vistas ao acesso à justiça e à efetividade processual.

Identificam-se como marcos a coatar mudanças a existência do Estado Democrático de Direito, o monopólio da jurisdição, a diversidade de interesses que clamam por proteção e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, garantia consagrada no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Infere-se por Estado Democrático aquele que é regido por normas democráticas, que devem ser observadas com coerência interpretativa, respeitando-se as garantias e princípios fundamentais.

Entende-se por monopólio da jurisdição o fato de o Estado ter avocado a exclusividade na resolução dos conflitos de interesses, o que por via reversa lhe impõe o dever de garantir o acesso à justiça e a efetividade na solução dos litígios.

Quanto aos interesses, não devem ser discriminados; compreende-se conveniente levar em conta tanto os de fato quanto os juridicamente considerados. Estes que já possuem sua valoração incrustada na norma e aqueles, livres desta especificação.

Há que se observar que o monopólio da jurisdição só se justifica se houver pleno acesso à justiça por parte de qualquer interesse em conflito, bem como se existir efetividade nas soluções dos litígios.

Por sua vez, é justamente em respeito ao Estado Democrático de Direito que a prestação jurisdicional deve ser realizada de forma adequada, não podendo haver discriminação no acesso à justiça e inefetividade processual, sob pena de afronta aos direitos e garantias fundamentais.

Tudo isso faz parte do conteúdo do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que será analisado separadamente no tópico seguinte.

Indubitavelmente, os marcos em referência precisam ser considerados quando se presta uma tutela jurisdicional.

São disposições já consagradas e que precisam ser levadas a sério no atuar jurídico.

## **5. O acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**

Não há como falar em acesso à justiça sem traçar, ainda que de forma superficial, alguns apontamentos sobre o que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 disciplinou a respeito. Até porque se encara tal garantia como marco a coatar mudanças na atividade jurisdicional.

Pois bem, estabelece a Magna Carta Brasileira, em seu art. 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça

a direito”.

Não há quem conteste, ao menos com plausibilidade, que com essa disposição a Constituição Federal consagrou a garantia do acesso à justiça.

Por conseguinte, não há o que impeça, no Brasil, que cada qual deduza pretensão perante o Poder Judiciário, estando este obrigado a prestar a tutela com efetividade e tempestividade.

Essa realidade, contudo não acompanhou o Brasil em toda sua história, pois em um passado não longínquo vivemos um período de exceção, em que a referida garantia não existia, e éramos submetido a Atos Institucionais, que privavam os jurisdicionados de suas garantias fundamentais.

Foi uma vergonha, haja vista que, sob a vigência de um sistema totalitário da primeira metade deste século, chegou-se a privar o acesso à justiça. Isso ocorreu com a edição Ato Institucional nº 5/68, de 13 de dezembro de 1968, que trazia em seu artigo 11 a seguinte imposição: “excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”. E com a Emenda Constitucional nº 1/69, foram excluídos da apreciação do Judiciário todos os atos praticados pelo comando da revolução de 31 de março de 1964.<sup>10</sup>

Ultrapassado esse período de exceção, estamos hoje sob o crivo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que garante expressamente o acesso à justiça. E o que isso importa?

As implicações são tremendas a partir desse marco, pois, desde então, não pode o judiciário se recusar a prestar tutela jurisdicional a qualquer espécie de interesses, sejam eles individuais, ou públicos, ou ainda transindividuais.

Assim, todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito, sendo certo que aqui estão inclusos tanto os direitos individuais quanto os transindividuais.<sup>11</sup>

Insta consignar ainda que a garantia não é somente do acesso ao Judiciário como órgão, pois o princípio vai além, garantindo a todos o direito de exigir do Estado uma tutela que seja adequada, tempestiva e efetiva, importando com isso, o dever do Poder Judiciário em propiciar com suas decisões o acesso à justiça.

A garantia em estudo envolve também o dever do Estado em propiciar condições para o jurisdicionado poder buscar no próprio Estado a solução de suas pendências.

É o que explica José Roberto dos Santos Bedaque:

*satisfeito de forma efetiva e eficaz. Nessa medida, o direito constitucional de ação assume o importante papel no sistema, de garantia de acesso à ordem jurídica justa. Mas garantia substancial não só ao mecanismo constitucionalmente assegurado, mas também à eliminação dos óbices econômicos, culturais, sociais e técnicos à efetividade do*

10. NERY JÚNIOR, N. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 91-93.

11 *Idem*, *ibidem*, p. 94.



*resultado dessa atividade estatal. Somente com essa configuração o direito de acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não será mais uma daquelas figuras de retórica, meramente formais e vazias de conteúdo.*<sup>12</sup>

Há, por assim dizer, um pacto constitucional do qual todos nós somos signatários, que garante o acesso à justiça, visto que qualquer lesão ou ameaça a direito não está excluída da apreciação do Judiciário.

De fato, não resta dúvida quanto à acolhida por nossa ordem constitucional do acesso à justiça, contudo, mister se faz compreender ainda mais o que envolve esse acesso.

A moderna doutrina processual civil tem se dedicado exaustivamente à análise do referido princípio, estudando formas que possam garantir sua irrestrita aplicabilidade.

E, como vimos, estudos demonstram que não são poucos os obstáculos ao acesso à justiça, dentre eles, apontamos o econômico, o social e o cultural.<sup>13</sup>

Resta evidente que a inafastabilidade do controle jurisdicional é substrato da conjugação do direito à prestação da tutela jurisdicional disponível ao jurisdicionado e da obrigação de resposta que o “Poder” estatal deve dar ao pedido, de forma tempestiva e efetiva.

## 6. A papelada da Ação Civil Pública

Considerando o contexto acima apresentado, acredita-se que, com a inclusão no ordenamento jurídico brasileiro do instrumento da ação civil pública, através da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, consagrando um modelo novo de prestação da tutela, qual seja, a tutela coletiva, pode-se propiciar um maior acesso à justiça. Até porque, existiam interesses, que por serem qualificados como transindividuais, estavam marginalizados e clamavam por justiça e não eram tutelados, por não haverem instrumento adequado para tanto.

Sobre os interesses transindividuais, esclarece Hugo Nigro Mazzilli, referindo-se a eles como metaindividuais:

*“Entre o interesse público e o interesse privado, há interesses metaindividuais ou coletivos, referentes a um grupo de pessoas (como os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam a constituir interesse público. Levando em conta sua origem, o CDC distingue os interesses: a) se o que une interessados determináveis é a mesma situação de fato (p. ex., os consumidores que adquirem produtos fabricados em série com defeito), temos interesses individuais homogêneos; b) se o que os une é a circunstância de comparti-*

---

12. BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 71

13. Retorne ao item 3 e observe os obstáculos ao acesso à justiça e a efetividade processual.



*lharem a mesma relação jurídica (como os consorciados que sofrem o mesmo aumento ilegal das prestações), estamos diante de interesses coletivos em sentido estrito; c) se o que une interessados indeterminados é a mesma situação de fato (p. ex., as pessoas que assistem pela televisão à mesma propaganda enganosa), temos interesses difusos. Há interesses que envolvem uma categoria determinável de pessoas (como os individuais homogêneos e coletivos); outros, são compartilhados por grupo indeterminado de indivíduos ou de difícil determinação (como os difusos).<sup>14</sup>*

Como afirmamos, referidos interesses encontravam-se marginalizados, mas com o passar do tempo a ordem jurídica nacional tornou-se madura para reconhecê-los e para dispor sobre o meio processual a ser utilizado, bem como os legitimados a se levantarem em sua defesa; fazem isso através da Lei acima mencionada, que cuidou de disciplinar a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor histórico, turístico e paisagístico.

Oportuno verificar que, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ficou claro que o Estado não poderia furtar-se a conhecer dos conflitos de interesses transindividuais, diante da acolhida, pelo art. 5º inciso XXXV, do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (princípio de ação), já comentado neste estudo.

A exegese desse raciocínio nos leva a afirmar que a ação civil pública, antes de ser mero meio de se postular em juízo, interesses qualificados por exigirem uma tutela coletiva, é verdadeiro instrumento efetivador do acesso à justiça de uma nova modalidade de interesse, qual seja, os transindividuais.

Da mesma forma, crê-se que esse modelo de tutela tem por essência a efetividade processual, visto que, quando se litiga coletivamente, a decisão abrange mais interessados que dela podem fazer uso, independentemente, de terem que levar a juízo novamente a apreciação dos fatos, ganhando-se tempo, barateando a prestação da justiça e concedendo mais uniformidade nas sentenças, acabando por propiciar, também, maior equilíbrio nas relações jurídicas.

Tanto que José Rogério Cruz e Tucci (1997), ao falar das ações coletivas, explica que “a doutrina elenca ainda, entre os instrumentos de natureza técnica vocacionados a combater os males ocasionados pela demora da tutela jurisdicional, as ações de espectro coletivo”<sup>15</sup>.

Por tudo isso, o papel da ação civil pública consiste em servir como paradigma de uma forma procedimental que consagra o acesso à justiça e a efetividade processual.

## 7. Conclusão

A análise do tema proposto demonstra que uma das maiores preocupações da doutrina hodiernamente consiste em consagrar verdadeiramente o acesso à justiça e a efetividade processual, lutando-se para não vê-las colmatadas diante dos obstáculos econômicos, sociais, culturais e processuais ou formais.

14. MAZZILLI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 4.

15. TUCCI, J. R. C. e. *Tempo e Processo*, p. 136.

Afinal de contas, o monopólio da jurisdição só se justifica se houver pleno acesso à justiça, por parte de qualquer interesse em conflito, bem como se existir efetividade nas soluções dos litígios. E é justamente em respeito ao Estado Democrático de Direito que a prestação jurisdicional deve ser realizada de forma adequada, não podendo haver discriminação no acesso à justiça e inefetividade processual, sob pena de afronta aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, a comunidade como um todo, especialmente a jurídica, não pode se acomodar em face de um sistema processual brasileiro concebido em padrões europeus e lapidado em valores que vigiam no século passado, o qual se revela inócuo aos problemas atuais.

Por tudo isso, é preciso lutar por uma maior conscientização sobre o assunto, questionando-se o modelo tradicional de prestação de tutela jurisdicional predominante no sistema processual brasileiro, mormente diante do crescente aumento de litígios envolvendo interesses transindividuais, que clamam por uma maior maturidade e conhecimento a respeito dos mesmos, para que sejam tratados coerentemente.

Eis a necessidade de se compreender melhor o instituto da ação civil pública, como instrumento que traz como apanágio a prestação da tutela coletiva, especialmente porque se acredita que, com essa forma procedimental já consagrada tem-se um exemplo de meio propiciador do acesso à justiça e da efetividade processual.

Sem dúvida que, se referido instrumento for mais bem compreendido, grande contribuição teremos para exterminar os obstáculos ao acesso à justiça e à efetividade processual, pois a ação civil pública revela-se como meio adequado à prestação da tutela dos interesses transindividuais e, através dela, há a instalação de uma tutela coletiva, em que a decisão abrange mais interessados, havendo um custo financeiro menor, decisões uniforme, e maior agilidade quando da busca pelo direito, eis que se estará diante de situação em que a pessoa interessada não precisará mais submeter novamente ao crivo do Judiciário as questões fáticas já decididas na ação civil pública.

O mérito, pois, da ação civil pública traduz-se em ser verdadeiro paradigma de acesso à justiça, por tratar adequadamente os interesses transindividuais e por ser espécie de tutela que traz como apanágio à efetividade processual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.  
CAPPELLETTI, M., GARTH, B. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet,

- Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do Processo*. 6. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FARIA, J. E. (Org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. [s.l.]: Ática, [s.d.].
- MAZZILLI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NERY JUNIOR, N. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- TUCCI, J. R. C. e. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.



# A AÇÃO MONITÓRIA

Ana Cláudia Moraes JULIANO \*

## RESUMO

Estudo sobre o procedimento monitorio, frente à promulgação da Lei 9.079/95, introduzida no sistema processual civil brasileiro, antiga técnica de tutela do direito material, com o objetivo de minimizar a angústia decorrente da demora na prestação jurisdicional.

**Palavras-chave:** procedimento monitorio, processo civil, ação monitoria.

## SUMMARY

A Study on the monitory proceeding facing the promulgation of the Law 9.079/95, inserted in the Brazilian Civil processual system, old fashioned technique of tutorship of the material law with the objective of reducing the affliction deriving from the delay of the jurisdictional contribution.

**Key words:** Monitory proceeding; civil process; monitory lawsuit.

## 1. Introdução

O estudo deste tema se deve à promulgação da Lei 9.079, de 14.07.1995, que introduziu no sistema processual civil brasileiro o procedimento monitorio, antiga técnica de tutela do direito material, pela qual se tem procurado minimizar a angústia decorrente da demora na prestação jurisdicional.

O tema é praticamente novo em nossa literatura jurídica, de modo que procuramos traçar, de forma tanto quanto possível didática, não apenas as noções propedêuticas do procedimento monitorio como, ainda, o seu respectivo perfil histórico.

O instituto da ação monitoria se insere na temática mais ampla da

---

\* 1. Mestre em Direito das Relações Privadas pela UNIMAR - Marília.SP

2. Professora de Língua Portuguesa e Direito Civil da UNIMAR – Marília.SP

tutela jurisdicional diferenciada, expressão utilizada para designar procedimentos estruturados em consonância com certas peculiaridades relativas a determinadas situações de direito material.

A ação monitória (ou procedimento injuntivo ou procedimento injuncional – todas as expressões têm sido empregadas como sinônimas, no âmbito da doutrina) é um procedimento introduzido no processo civil brasileiro que tem por escopo basicamente facilitar o caminho que tem de percorrer o credor para satisfazer o seu crédito.

Como requisito para o procedimento monitório, há a prova escrita a que se alude, na lei. Parece poder entender-se, por prova escrita, aquela que tenha peso suficiente para poder formar a convicção do juiz quanto a um direito provável. Assim, pode tratar-se, exemplificativamente, de um recibo rubricado, uma carta, um telegrama, uma comunicação por fax (fac símile), uma confissão de dívida. Não estão abrangidas pelo conceito de prova escrita aquelas que na verdade são provas documentais *lato sensu*, como gravações em vídeo cassete, em fitas cassetes.

Na ação monitória, o réu é citado, não para defender-se, mas para cumprir a obrigação, devendo constar do mandado a consequência inexorável de não serem opostos embargos, que é a transformação do mandado injuncional em sentença condenatória. O mandado se converte em mandado executivo, por força de lei e automaticamente.

Ainda, de modo coerente, está a posição de que nada impede o uso da ação monitória contra a Fazenda Pública. Os limites são os mesmos com que conta o credor para mover contra o Estado, ação de natureza condenatória, sob rito ordinário.

Examinamos, assim, o conteúdo da aludida lei, procurando interpretá-la e adequá-la, a partir de subsídios fornecidos pela doutrina, à sistemática de nosso Código de Processo Civil.

De qualquer modo, a preocupação e a tentativa de melhorar a justiça e torná-la mais ágil e menos dispendiosa merecem sempre todos os encômios e constituem iniciativa que deve ser prestigiada.

## 2. Evolução histórica

### 2.1 Direito Romano

No direito romano de época clássica, dois poderes vinham outorgados ao pretor: o *imperium*, que era um poder geral e indefinido e a *iurisdictio*, que, ao contrário, era específica e determinada, emanada do *imperium* do magistrado.

Com a evolução dos tempos, a constatação de novas exigências sociais autorizou o pretor a instituir meios processuais de tutela, destinados, via de regra, a reparar eventuais iniquidades provenientes da estrita observância das normas do *ius civile* ou mesmo a preencher lacunas deste. A exemplo das *actiones in factum* e das *exceptiones*, outros institutos, originados de atos *magis*

*imperii quam iurisdictionis*, ou seja, fundados preponderantemente no *imperium* do magistrado, mas também inspirados na equidade, visavam a complementar tutela dos direitos. Dentre essas criações, resultam das fontes os *interdicta*, as *missiones in possessionem*, as *estipulationes pretoriae* e as *restitutiones in integrum*.

A cognição realizada pelo pretor (causa cognitio) era sumária. Examinavam-se tão somente os pressupostos de fato e, em seguida, concedia-se (*adere* ou *editio interdicti*) ou, quando fosse caso, denegava-se (*denegatio interdicti*) o interdito postulado.

Deferido o interdito, duas hipóteses emergiam: ou a ordem era acatada, pondo fim à controvérsia, ou a parte interessada podia provocar a instauração de um procedimento ordinário, perante o *iudex privatus*.

É bem de ver, no entanto, que a execução se fazia, sempre, mediante a *actio iudicati*, pela qual o credor, que não obtivera a satisfação da *obligatio iudicati* pelo condenado, requeria ao pretor a *manus iniunctionem* (execução sobre a pessoa do devedor) e, em momento histórico posterior, a *missio in bona rei servanda causa* (execução sobre o patrimônio do devedor).

Pode-se, portanto, afirmar que, durante toda a evolução do direito romano, a sentença de natureza condenatória, proferida em processo de conhecimento, era o único título que possuía eficácia executiva.

## 2.2 Direito Luso-brasileiro

No direito luso, o antecedente próximo da ação monitória (ou injuncional) é a antiga ação de assinação de dez dias, causa sumária, pela qual se ajuizavam obrigações, às quais era devida pronta execução. Esta era uma forma de proceder particular do foro português, porque, no Direito Romano, ainda que a dívida se fundasse em escritura pública, devia proceder-se pela via ordinária. O procedimento tinha por base as escrituras públicas, os alvarás particulares de pessoas privilegiadas e as sentenças a que não competia procedimento executivo. Eram iguados às escrituras públicas, para fins de assinação de dez dias, os termos judiciais e os escritos particulares, sendo reconhecidos pessoalmente pela parte ou em caso de revelia.

As escrituras públicas deviam ser solenes e feitas por tabeliães; conter obrigação certa e líquida; ser originais e não em traslado.

No processo das assinações de dez dias, o réu era citado para, nesse termo, pagar ou apresentar quitação da dívida, ou, então, apresentar embargos que o relevassem da condenação. A citação era pessoal, se presente o réu; por carta citatória (a atual precatória), se ausente em lugar certo; ou por edital, se ausente em lugar incerto. Se não comparecesse, apesar de citado, a obrigação era reconhecida à sua revelia, assinando-se-lhe os dez dias da lei para cumpri-la. O mandado, carta ou edito da citação devia conter essa cominação.

Os dez dias eram assinados na audiência em que se acusava a ação, assim entendida, quando o réu citado comparecia e não negava o seu sinal (aposto no documento); ou, pela falta de comparecimento, o sinal era havido como reconhecido; não, porém, se comparecesse e negasse o sinal, caso em

que não tinha lugar a assinação de dez dias. Começava a correr o prazo de dez dias depois que a ação fosse distribuída, preparada e juntada pelo autor a procuração exceto se o réu juntasse logo a sua procuração, porque então começava o decênio desde o dia em que se dava vista dos autos ao seu advogado. O prazo não fluía, se houvesse exceção declinatória do juízo, porque o juiz devia certificar-se de sua jurisdição, nem enquanto a parte não depusesse, sendo citada, com esse protesto. Os dias eram contínuos e peremptórios, não podendo ser suspensos nem interrompidos, se não oferecidos os embargos no decênio.

Nos seus embargos, o réu podia alegar, além do pagamento, qualquer defesa que tivesse, como a nulidade do instrumento, ilegitimidade de parte, falta de causa da obrigação, compensação, compromisso, falta de implemento do contrato do dinheiro, simulação, transação, prescrição, falsidade etc.

O fato de haver o devedor proposto ação ordinária de nulidade da escritura ou rescisória do contrato não impedia a propositura da ação decendial, nem produzia litispendência, por serem ações de qualidades diversas.

Regularmente, os embargos, ainda quando provados perfeitamente no decêndio, eram apenas recebidos, e não julgados logo provados para que o autor fosse ouvido e pudesse contestá-los. Do recebimento dos embargos nesta ação, sem condenação, ou com ela, cabia agravo de petição ou de instrumento, mas sem suspensão (neste segundo caso) da extração e execução da sentença.

Recebidos os embargos com condenação, ou sem ela, procedia-se, na assinação de dez dias, como nas causas ordinárias. Pelo recebimento dos embargos, a causa convertia-se em ordinária, e tinha lugar a réplica e a tréplica.

Da sentença proferida na causa de assinação de dez dias não cabia apelação no efeito suspensivo, mas só no devolutivo, exceto se os embargos fossem recebidos sem condenação, e ao final fossem julgados não-provados. Porque, pelo recebimento da causa, tornou-se ordinária, nesse caso tinha a apelação os seus efeitos regulares; não assim se os embargos tivessem sido recebidos com condenação, julgados provados ou não-provados, porque sempre a causa nesses termos permanecia sumária.

### 2.3 Direito Francês

O novo Código de Processo Civil Francês disciplina o processo de injunção de pagar e a injunção de fazer, dentro do espírito que anima o direito processual universal de imprimir celeridade ao processo. Instituído inicialmente para cobrança rápida de “pequenos” créditos comerciais, o sucesso que alcançou conduziu o legislador a ampliá-lo aos créditos civis e a suprimir o limite do montante desses créditos. Tal processo se caracteriza pela existência eventual de duas instâncias. A primeira, que faz a originalidade desse processo, é uma instância não contraditória; ela tende à obtenção de uma ordenança, contendo uma injunção de pagar, que será notificada ao devedor. Se este quer contestar sua condenação, deve oferecer oposição contra a ordenança. Da oposição, nasce uma segunda instância que, sob reserva de algumas distinções menores, é uma instância de direito comum (quer dizer, de rito ordinário).



O processo de injunção interessa essencialmente à cobrança daqueles créditos, cuja existência e montante não são seriamente discutíveis. Para esses créditos, o autor é autorizado pela lei a pedir a condenação de seu devedor. A injunção de pagar não pode ser utilizada para a cobrança de todos os créditos, devendo estes ter uma causa contratual ou resultar de uma obrigação de caráter estatutário, até uma determinada quantia. Em matéria de contratos, a determinação é feita em virtude das estipulações contratuais, compreendendo, se ocorrer à hipótese, a cláusula penal. Em princípio, ficam excluídos os créditos de origem delituosa, bem assim os não determinados pelas estipulações das partes, como o caso das perdas e danos cujo valor não é fixado por uma cláusula penal.

Na instância não-contraditória, o juiz examina os documentos produzidos para certificar-se do fundamento da demanda. À vista desses documentos, ele pode tomar três espécies de decisão:

- a) Pode estimar que a demanda é inteiramente fundada; então expedir a ordenança ao devedor pagar ao credor a quantia pedida, e notificar para isso o devedor.
- b) Pode rejeitar inteiramente a demanda apresentada pelo credor, decisão esta incorrível. Ao credor resta buscar as vias processuais comuns.
- c) Se o credor não obtém do juiz senão uma parte do que ele pede, deve fazer uma escolha global.

Para evitar os efeitos da condenação, deve oferecer oposição (correspondente aos nossos embargos), da qual nasce a instância contraditória. Ao contrário, no processo de injunção de pagar, o réu não é citado pelo autor. A oposição dá lugar a uma instância contraditória, que é uma instância de direito comum e não modifica em nada o ônus da prova, nem a circunstância de devedor da decisão condenatória faz pesar sobre ele uma espécie de “presunção de culpabilidade”. O ônus da prova continua a pesar sobre o pretense credor, como se nada tivesse sido julgado. O julgamento do tribunal substitui a ordenança de pagar.

### **3. Processo Monitório**

#### **3.1 Natureza jurídica**

Em sede doutrinária, é bastante controvertida a natureza jurídica do procedimento monitório ou injuncional. Para uns é procedimento provisório (Segni, apud ALVIN, 1995); para outros, definitivo (Garbagnati, apud ALVIN, 1995).

Segundo Carnelutti (apud ALVIM, 1995), o processo de injunção teria função diversa do processo de conhecimento e do processo de execução. Este não serve à composição da lide de pretensão contestada, senão possibilita, com a formação do título executivo e a execução forçada, a composição de

uma lide de pretensão insatisfeita.

Para Satta (apud ALVIM, 1995), à base da injunção existiria uma ação e, mais precisamente, a postulação de uma “normativa sem juízo” (normativa senza giudizio), mas não precisa ele o que se deva entender propriamente por essa “normativa”, o que torna difícil uma exata compreensão do seu pensamento.

Chiovenda (apud ALVIM, 1995) faz compreender o decreto de injunção na categoria dos accertamentos com prevalente função executiva, cujo escopo é a antecipação forçada, através da limitação da cognição do juiz, e justamente pela sumariedade da cognição (das razões das partes), tais accertamentos teriam caráter provisório. O decreto de injunção, ao ser expedido, não teria por conteúdo, à semelhança de uma sentença de condenação, a afirmação de um direito a uma prestação, mas acertaria simplesmente a existência da condição para obter a injunção, adquirindo valor de afirmação do direito do credor somente depois de tornado definitivo.

Sustenta Segni (apud ALVIM, 1995) que, no decreto de injunção, se acumulam dois distintos provimentos jurisdicionais: um provimento especial, de natureza provisória obtido pelo credor, no exercício de uma especial ação sumária, tendo (esse provimento) um valor imediato, e um provimento ordinário, condicionado, na sua eficácia, à falta de oposição, ou à extinção do juízo de oposição e no qual o provimento especial se transformaria, automaticamente, ao verificar-se a condição.

Para Garbagnati (apud ALVIM, 1995), o decreto de injunção contém um provimento jurisdicional de natureza declaratória idêntico ao provimento do juiz contido numa sentença (ordinária) definitiva de condenação, e isto não obstante a forma diversa da prescrita pelo legislador para o provimento que encerra um processo ordinário de cognição.

Embora predominante, na doutrina, que o processo de injunção deve incluir-se entre os processos de cognição no sentido amplo, compreensivo também do processo de condenação, que pressupõe, normalmente, a declaração de certeza do direito, merece ressaltar que há autores que consideram o processo de injunção como jurisdição voluntária (Menger, Canstein), e, outros, que ele constitui um processo executivo (Mortara, Skedl, De Paolo, Ugo Rocco).

### 3.2 Hipóteses de cabimento

Múltiplos são os casos de cabimento da ação monitória, bastando que o interessado seja portador de um documento, público ou privado, que justifique o crédito e que não tenha a eficácia típica dos títulos executivos extrajudiciais.

A petição inicial da ação monitória precisa ser escrita, acompanhada dos fatos construtivos do direito do autor, inclusive a prova escrita, que não tem força executiva.

O juiz, ao recebê-la, fará um exame da mesma, para saber se preenche ou não os requisitos de uma inicial, inclusive examinando as condições da ação e os pressupostos processuais.

O apoio do autor será naquela prova escrita, que não tem força executiva, que o juiz não pode exigir que se apresente como prova absoluta do crédito, mas que se refira a uma soma em dinheiro determinada, ou a uma coisa fungível a ser entregue, ou a determinado bem móvel. Não tendo força de um título executivo, evidentemente, não precisará representar um crédito líquido e certo. Se a pretensão pode chegar à formação do título executivo judicial, fica ela apoiada em uma prova escrita, que não será mais do que um começo de prova.

Como provas escritas possíveis, dentre tantas outras, a duplicata sem aceite; o cheque que não mais autoriza a execução por perda da força executiva; extrato de hotel sobre despesas feitas pelo hóspede; telegrama reconhecendo direito a recebimento do trabalho odontológico feito; médico juntando papeladas de consultas e de internamento de cliente em hospital e relatório das visitas a ele feitas; carta pessoal ao advogado dizendo que recebeu notas de honorários e que reconhece os trabalhos feitos; caderneta mensal de empório, dela constando as entregas diárias de mercadorias ao freguês; carnês de despesas condominiais referentes ao mês vencido.

O pedido já traz consigo a pretensão ao mandado do juiz para a entrega da coisa pedida ou do pagamento do valor referido na inicial, isso exigido que o pedido seja necessariamente certo e determinado. Ao deferir a inicial, o juiz irá determinar o pagamento de um valor ou a entrega de uma coisa, tudo a exigir que saiba, exatamente quais os limites quantitativos do que se pede e qual sua real extensão.

### 3.3 Competência

Em sede doutrinária, a competência é a faculdade e o dever de exercício da jurisdição no caso particular. Correntes também são ensinamentos que fazem coincidir a competência com quantidade de jurisdição assinalada ao exercício de cada órgão jurisdicional, ou seja, a “medida da jurisdição”.

A competência para processar e julgar a ação monitória não apresenta nenhuma particularidade no nosso direito, aplicando-se as regras gerais do Código. Para quem admite ação monitória contra a Fazenda Pública (federal, estadual e municipal) e autarquias, a competência será da Justiça Federal ou da Vara da Fazenda Pública estadual, conforme a sua qualidade de autor, ré ou interveniente. Pode também ser proposta a ação de injunção perante os Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95), desde que o pedido não exceda a quarenta vezes o salário mínimo, exceto contra a Fazenda Pública.

No Brasil, a competência monitória se reparte, de regra, segundo a qualidade das pessoas envolvidas em lide (como credor ou devedor) e o valor da causa, observada igualmente a competência territorial, e quanto a esta a regra geral e a especial de foro, inclusive o foro de eleição (do contrato). Da mesma forma, na Itália, guardadas, no ponto, as peculiaridades do direito peninsular, o juízo é competente em função do valor e do território.

Para estabelecer a competência em razão das pessoas, considera a lei a qualidade da parte (autor, réu ou interveniente). Assim, quando se trata de uma injunção contra pessoa jurídica de direito público federal, a competência

será da Justiça Federal; se a pessoa jurídica de direito público estadual ou de um particular, a competência será da Justiça Estadual (residual).

Em razão do valor, reparte-se a competência entre os órgãos judiciais do Estado, cabendo aos Juizados Especiais Cíveis (causas de até 40 salários mínimos), ou às Varas Cíveis (de valor superior a esse limite).

A competência territorial firma-se em razão do local onde deva ser cumprida a obrigação, ou onde se encontrem (domiciliados ou residentes) os sujeitos da relação jurídica controvertida (devedor ou credor). Não havendo foro de eleição, privilegiando o autor, a demanda monitória deverá ser proposta no domicílio do réu.

Aplicam-se também ao processo monitório as normas sobre “prorrogação da competência”, cumprindo registrar que só pode ser modificada a competência territorial ou de foro, dado que estabelecida no interesse das partes, pois a competência de juízo (em função das qualidades das pessoas e do valor da causa), em princípio, não admite modificação. No entanto, como a fixação da competência é matéria de direito positivo (constitucional e infraconstitucional), admite a lei a alteração da competência em razão do valor, para mais, nunca para menos.

Assim, o juiz competente para julgar causas superiores a quarenta salários mínimos pode eventualmente julgar causas inferiores a esse valor, mas o juiz que tenha competência para julgar causas até vinte salários mínimos, não pode julgar as causas de valor superior. Por essa razão, a parte que preferir ajuizar a ação monitória perante o Juizado Especial Cível, perderá o benefício a que tenha direito, ou seja, renunciará ao excedente ao crédito estabelecido, salvo se houver conciliação.

### 3.4 A inicial e suas exigências

O autor deverá formular o pedido inicial em petição escrita, trazendo o pedido certo e determinado, com pretensão condenatória, pois busca um pagamento de quantia certa, ou entrega da coisa, imediatamente ou através da obtenção de um título executivo, que só existe na condenação.

Será necessário, como em toda ação, que traga o autor, o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, para que o juiz examine o seu interesse de agir, se realmente existe e se está visível desde. Deve expor a relação de direito material que o liga ao réu, dentro dela, o fato que lhe deu o interesse da busca ao judiciário.

Deve, ainda, o autor dar valor à causa, que, aqui, é o mesmo que tem a quantia pretendida ou a coisa que entende lhe deva ser entregue. Isso porque poderá haver sentença e eventual recurso, onde cabível o preparo.

É bem possível que a matéria dessa ação caiba dentro da competência dos Juizados Especiais de Causas Cíveis, e, quando isso ocorrer, caberá ao autor a ação entre buscar seu direito perante o referido Juizado ou na Justiça Comum, através da ação monitória. Essa ação era autorizada pelo artigo 1º da Lei 7.244, de 07.11.84, que é a dos Juizados Especiais de Pequenas Causas,

sendo que agora ainda permanece, em razão de também a Justiça Comum ter idêntica competência, que não foi retirada. Se a opção do autor for pelo Juizado Especial de Causas Cíveis, evidentemente, o rito não será o da ação monitória, sabida que, ali, outro é o procedimento, muito mais rápido, informal e chegando ao título executivo com mais precisão. E ali a execução se fará.

Por ser ação de conhecimento de rito especial, é obrigatório para o autor, que não pode dispensá-la, para preferir o procedimento ordinário. Alguns entendem, que se o legislador fixou para a ação de conhecimento um rito especial, não pode deixar de ser observado, pois as partes não têm disponibilidade sobre os procedimentos, onde as normas reguladoras são cogentes. Outros entendem a hipótese não é de uso obrigatório, pelo autor, da ação monitória. Isso porque a ação que sempre procurou favorecer a rapidez dos processos, a favor dos que buscam a proteção jurisdicional mais rápida. Se, é para favorecer o autor, não pode ele ser obrigado a usar esse tipo de ação, onde não vai alcançar todo o seu direito, se lembrarmos que o réu pode pagar imediatamente e ficará isento de custas e verbas honorárias.

O autor pode buscar seu direito perante os Juizados Especiais Cíveis, o que ainda mais demonstra que não se trata, a ação monitória, de ação que não pode ser substituta pelo pedido genérico em rito ordinário ou dos Juizados.

### 3.4.1 Modelo de petição inicial em Ação Monitória

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Marília

FERNANDO PESSOA, brasileiro, casado, comerciante, domiciliado nesta cidade, à Rua A nº 2, por seu advogado infra-assinado, vem propor contra o réu TEODORO SAMPAIO, brasileiro, casado, industrial, estabelecido à Rua B, nº 78 em Marília, a presente ação monitória, pelos motivos que em seguida expõe:

- 1- O autor vendeu ao réu diversos livros comerciais, pelo preço total de R\$ 500 (quinhentos reais), recebendo dele um cheque em pagamento no mesmo valor (doc. incluso), datado de 02 de fevereiro de 1995, que o autor não conseguiu receber junto ao banco sacado, por falta de fundos em conta-corrente;
- 2- Vencido o prazo de seis meses previstos na Lei do Cheque, persistindo o devedor em não pagar, e não mais cabível a ação de execução do título, vem propor contra o mesmo essa ação para exigir o pagamento do cheque, segundo o rito próprio, previsto na Lei 9.079/95, da ação monitória;
- 3- Presentes todos os requisitos legais, vem pedir a imediata expedição do mandado de pagamento previsto no artigo 1.102b, do Código de Processo Civil, com determinação para que o réu pague aquela importância, no prazo de quinze dias, ou ofereça, no mesmo prazo, a defesa que tiver, sob pena de ficar constituído de pleno direito contra ele o título executivo judicial, com conversão daquele mandado inicial, desde logo e sem mais formalidades, em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulo II e IV do

Código de Processo Civil;

4- Se forem apresentados embargos, protesta pela oportuna impugnação e eventual produção de provas que entenda necessárias.

Nestes termos, dando-se à presente o valor de R\$ 500, 00, com instrumento de procuração e um documento, D.R.A.

P. Deferimento

Marília, 14 de novembro de 1995.

### **3.5 Recursos na Ação Monitória**

Os recursos na ação monitória são os recursos comuns, aplicando-se às decisões interlocutórias o agravo; à sentença, a apelação; a qualquer decisão que não seja de mero expediente e aos acórdãos, os embargos de declaração. Cabem, se for o caso, recursos especiais e recursos extraordinários, bem como os agravos de decisões monocráticas dos membros dos tribunais.

O agravo, principalmente na primeira fase do processo, dificilmente será interposto, dado a simplicidade do procedimento. Poderá, entretanto, ser utilizado após o recebimento dos embargos, quando se iniciar a discussão sobre os fatos e o direito alegados pelas partes.

Proferida a sentença, cabe apelação, e da mesma forma, apelação adesiva.

Do acórdão que decidir a apelação poderá caber recurso especial ou recurso extraordinário, ou ambos, e do despacho que não os admitir ou de despacho posterior, nos tribunais, o agravo anteriormente denominado de instrumento.

Este recurso no primeiro grau poderá ter a forma de agravo retido, que ainda existe.

Os embargos de declaração, cabíveis tanto no primeiro como no segundo grau, interrompem, conforme dispõe a nova redação que trata do assunto, o prazo para interposição de outros recursos, tanto para uma como para a outra parte.

## **4. Comentários à Lei**

### **4.1 Apresentação da Lei**

A Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995, acrescentou ao Livro IV, Título I, do Código de Processo Civil o Capítulo XV, com os artigos 1.102a, 1.102b e 1.102c, instituindo a ação monitória. Com a seguinte redação:

## CAPÍTULO XV

### DA AÇÃO MONITÓRIA

Art. 1.102 a - A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Art. 1.102b – Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias.

Art. 1.102c - No prazo previsto no artigo anterior, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulo II e IV.

§ 1º - Cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios.

§ 2º - Os embargos independem de prévia segurança do juízo e serão processados nos próprios autos, pelo procedimento ordinário.

§ 3º - Rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV.

Art. 2º - Esta lei entra em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.”

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO  
PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
NELSON AZEVEDO JOBIM  
MINISTRO DA JUSTIÇA

## 4.2 Análise dos artigos e parágrafos

No artigo 1.102a., o pressuposto da adequação do pedido é ter o possível credor prova escrita da obrigação sem eficácia de título executivo. Claro, porque se tivesse título teria execução e faltar-lhe-ia interesse processual e necessidade para provimento monitório.

Prova escrita é a documental, não necessariamente o instrumento do negócio jurídico. Pode-se citar, entre outras: o documento assinado pelo devedor, mas sem testemunhas, os títulos cambiários após o prazo de prescrição, a duplicata não aceita antes do protesto ou a declaração de venda de um veículo, por exemplo.

Para compreendermos melhor o procedimento monitório, é interessante recordar que os títulos executivos ou são de formação instantânea, como



cheque ou nota promissória, ou de formação progressiva ou gradativa, como a duplicata não aceita, que se torna título somente com posterior protesto e desde que acompanhada do recibo de entrega da mercadoria.

O procedimento monitório é o instrumento para a constituição do título judicial, a partir de um pré-título, a prova escrita da obrigação, em que o título se constitui, não por sentença de processo de conhecimento e cognição profunda, mas por fatos processuais, quais sejam a não apresentação dos embargos, sua rejeição ou improcedência. Qualquer prova escrita de obrigação de pagamento em dinheiro, entrega de coisa fungível ou determinado bem móvel é um pré-título, que pode vir a se tornar título se ocorrer um dos fatos acima indicados.

No artigo 1.102b, ao despachar a inicial, o juiz pode indeferi-la de plano nas mesmas hipóteses de indeferimento da inicial do processo de conhecimento e, em especial, se não estiver acompanhada da prova escrita da obrigação. Esse ato de rejeição é sentença, logo, o recurso contra ela cabível é a apelação, nos termos do artigo 296 do Código de Processo Civil.

Se a inicial estiver em ordem, o juiz determinará a citação do réu (isso não está expresso na lei, mas é óbvio que não pode haver processo em citação, que será feita nos termos gerais do Código, inclusive, se for caso, pelo correio), com a determinação de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias. Esse ato é decisão interlocutória, contra a qual cabe agravo de instrumento sem efeito suspensivo, efeito esse que pode ser obtido por meio da providência do artigo 558 ou do mandado de segurança, nos casos que a doutrina e a jurisprudência têm admitido o remédio constitucional para tal fim.

Na inicial, o autor deverá pedir desde logo a fixação de honorários. para o caso não haver embargos, nos moldes do que se faz no processo de execução, sabendo-se, porém, que, se for efetivado o pagamento, o réu estará isento desse encargo por força do § 1º do artigo 1.102c.

No artigo 1.102c e parágrafos, no prazo de quinze dias contados da juntada aos autos da prova da citação (mandado, precatória, aviso de recebimento da carta), o réu poderá oferecer embargos.

Se o legislador utilizou-se da figura dos embargos, foi para dar à defesa do devedor a forma de ação, com todas as conseqüências que daí resultam, em especial a inversão dos ônus da iniciativa e da prova. Além disso, a sentença somente será proferida nos embargos se forem apresentados, e dela caberá apelação sem efeito suspensivo, como preceitua o artigo 520, V.

Os embargos têm natureza de contestação do réu, e este poderá oferecer como defesa também as exceções que a lei lhe confere e, opostos os embargos, o rito será o ordinário. Mas não cabe reconvocação, embora a lei não o proíba expressamente, porque admiti-la fugiria ao espírito que norteou o legislador, que tem pressa em obter o título executivo e, como vimos, o crédito pleiteado, além de vencido, não deve estar sujeito a condições, nem à prestação ainda não realizada pelo credor. Assim, se o réu tiver algum direito a reclamar do autor, terá de exercitá-lo em ação própria.

Serão os embargos processados nos próprios autos, como ocorre com a contestação, alegando-se preliminarmente e na mesma peça a exceção de incompetência absoluta, se for o caso.



Se os embargos não forem opostos, diz a lei que se constituirá, de pleno direito, a título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista em lei.

O não oferecimento de embargos opera à revelia do réu, mas os efeitos dessa revelia nem sempre ocorrem, pois, no caso de haver mais de um réu e pelo menos um deles tiver oferecido embargos, impõe-se a observância do disposto no artigo 320, I do Código de Processo Civil, e quando a citação tiver sido efetuada por edital ou com hora certa, da mesma forma não se opera o efeito da revelia, devendo o juiz nomear curador especial para oferecer a defesa que couber para o resguardo dos direitos do réu.

Constituindo o título executivo judicial, pela omissão do réu, que não ofereceu embargos, o prosseguimento da ação dar-se-á na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV (artigos 621 a 631, e artigos 646 a 731), conforme se tratar de execução para entrega de coisa certa (determinado bem móvel) ou incerta (coisa fungível), ou de execução por quantia certa contra devedor solvente (pagamento de soma em dinheiro). Daí por diante devem ser obedecidas as disposições legais previstas nessa fase de execução, como ocorre em relação a qualquer outro título executivo judicial.

No parágrafo primeiro, parece que o legislador quis premiar o réu com tal isenção, somente se ele cumprir o mandado até os quinze dias após a citação inicial, e não depois que se iniciar a fase de conhecimento, pela oposição de embargos, ou de execução, se estes não existirem.

De qualquer forma, a medida não se mostra justa para o autor, pois teve de contratar advogado e pagar custas iniciais para o ajuizamento da ação, diversamente do que ocorre no Juizado de Pequenas Causas, por exemplo, que é gratuito no primeiro grau, sem exigência de custas ou participação de advogado.

No parágrafo segundo, os embargos referidos nada têm a ver com aqueles que dizem respeito à fase de execução. São embargos que estão no lugar da contestação do réu, no processo de conhecimento.

A matéria será discutida pelo procedimento ordinário, descartando-se o rito sumário. Oferecidos os embargos, estes serão juntados aos autos, como se faz com a contestação no procedimento comum, e não em apenso, como ocorre com os embargos na fase executória.

Se os embargos forem julgados procedentes, extinguir-se-á o mandado inicial, vale dizer, o próprio processo pelo mérito, e o autor poderá interpor recurso de apelação. Se, no entanto, forem rejeitados, diz o § 3º do artigo 1.102c, que, nesse caso, constituir-se-á, de pleno direito, a título executivo judicial, naturalmente a favor do autor.

No parágrafo terceiro, se os embargos forem rejeitados, o que será feito por meio de uma sentença, em que o juiz apreciará as provas produzidas e fundamentará a sua decisão, constituir-se-á o título executivo judicial, de pleno direito, isto é, independente da vontade da parte interessada ou de interposição de recursos nessa fase.

Dessa decisão será intimado o devedor, sem fazer referência ao credor, dando a entender, portanto, que nessa fase não haverá recurso, conforme con-

clui-se que, se os embargos forem rejeitados por inteiro, pois, do contrário, ambas as partes deveriam ser intimadas da sentença.

A intimação feita ao devedor constitui medida necessária para que, a partir dela, passem a fluir os prazos para penhora e para a busca e apreensão, conforme se trate de pagamento de soma em dinheiro ou entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

## 5. Revisão de literatura

Trataremos de opiniões dadas por doutrinadores sobre ação monitória, com as seguintes redações:

a) *A Ação Monitória pode ser conceituada como o meio pelo qual o credor de quantia certa ou de coisa determinada, cujo crédito esteja comprovado por documento hábil, requerendo a prolação de provimento judicial consubstanciado, em última análise, num mandado de pagamento ou de entrega de coisa, visa a obter a satisfação de seu direito.*

*Já no que se refere à sua estrutura, tal demanda é veiculada mediante procedimento especial, em razão da sumariedade da cognição e de outros aspectos que o conotam. Seguindo, outrossim, o modelo clássico da técnica monitória, o pronunciamento jurisdicional alvitrado é proferido 'inaudita altera parte', diferindo-se para um momento ulterior a possibilidade de contraditório. (TUCCI, 1999, p. 60)*

b) *A Ação Monitória é ação de conhecimento, e dentro destas ações ela é condenatória, pois, ao buscá-la, o autor deseja ver o réu condenado a um pagamento ou entrega de coisa. Não podendo seguir o procedimento comum, em razão de suas peculiaridades, situa-se no Livro IV do Código de Processo civil, onde são regulados os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa.*

*Tem uma característica especial, de vir o pedido apoiado em documento escrito, considerado hábil para embasar a pretensão. Isso significa que o legislador tomou partido na grande discussão sobre o cabimento da ação monitória apenas quando apoiada em documento. Para nós no Brasil, a pretensão a uma concessão do mandado de pagamento ou de entrega de coisa precisa se apoiar em documento hábil, para que o juiz tenha uma pequena e prévia cognição sobre a mesma pretensão e sua probabilidade.*

*Lembra ainda que através da ação monitória se poderá chegar ao título executivo, que é judicial, com rapidez e, após, se passar por um pronunciamento judicial imediato, que é condenatório, pois de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias. Esse pronunciamento condenatório independe e prescinde do contraditório e fica apenas condicionado ao não oferecimento da defesa (embargos) pelo devedor.*

*Portanto, busca-se um mandado de pagamento ou de entrega da coisa, superando a inércia do devedor, na esperança de que ele reconheça a obrigação, não se defendendo, tanto porque sabe ser essa defesa inútil como, ainda, porque terá vantagens em*

*não se opor ao mandado, ficando isento de custas e honorários. (SALVADOR, 1995, p.18)*

*c) O procedimento monitorio (ou injuncional) é procedimento do tipo 'de cognição sumária' (não é um processo sumário, no sentido próprio da palavra, mas de cognição sumária), caracterizado pelo propósito de conseguir o mais rapidamente possível o título executivo e, com isso, o início da execução forçada.*

*A sumariedade da cognição constitui o instrumento estrutural por meio do qual a lei busca esse desiderato, naqueles casos em que é provável a existência do direito, seja pela natureza e objeto do direito mesmo, seja pela particular atendibilidade da prova que serve de fundamento dele.*

*A finalidade do procedimento monitorio é simplificar o largo e dispendioso processo de cognição e de condenação, fazendo chegar a providência de condenação diretamente, mediante uma redução, já que não há abolição da fase de declaração de certeza, que se baseia unicamente no conhecimento dos fatos constitutivos da pretensão proposta, sem levar em consideração aqueles fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito; fatos que, em virtude das exceções e defesas da parte contrária, deveriam constituir objeto da declaração e que o pretense obrigado não pode aduzir porque a condenação é emitida 'inaudita altera parte', mas que poderá, eventualmente, se considerar oportuno, fazer valer mediante uma plena declaração de certeza posterior condenação. (ALVIM, 1995, p. 51)*

*d) Tem por escopo evitar perda de tempo e dinheiro, na formação de um título executivo que o devedor, muitas vezes, não tem interesse em obstaculizar. Destarte, o credor, em determinadas circunstâncias, pode pedir ao juiz, ao propor a ação, não a condenação do devedor, mas, a expedição, desde logo, de uma ordem ou mandado para que a dívida seja saldada no prazo estabelecido em lei. Só eventualmente, o procedimento monitorio se transformará em contencioso sobre o mérito da relação obrigacional. Enquanto o processo de conhecimento puro consiste em estabelecer, originária e especificamente, o contraditório sobre a pretensão do autor, o procedimento injuncional consiste em abreviar o caminho para a execução, deixando ao devedor a iniciativa do eventual contraditório. Por isso a defesa se faz através de embargos, os quais, se bem que não tenham a natureza de uma ação incidente (como nos embargos do devedor), objetivam, a um só tempo, suspender a eficácia do mandado inicial e obter uma sentença de mérito de sua revogação. (ALVIM, 1995, p. 33)*

*e) A Ação Monitoria é um misto de ação executiva em sentido lato e cognição, predominando, porém, a força executiva. Assim, apesar de estar a ação colocada entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, sua compreensão, assim como a solução dos problemas práticos que apresenta, somente será possível se for tratada como se fosse processo de execução, ou seja, como uma espécie de execução por título extrajudicial em que, em vez do mandado de citação para pagamento em vinte e quatro horas, sob pena de penhora, há a citação com a ordem de pagamento*

*ou de entrega de coisa móvel. A interposição dos embargos, que na execução somente é possível depois de seguro o juízo, no caso da ação monitória, é ensejada antes da penhora e suspende a eficácia do preceito. É como se o ato constitutivo da penhora tivesse sido cindido em dois momentos (a ordem de pagamento e a constrição) e entre eles fosse possível apresentar embargos. (GRECO FILHO, 1996, p. 49)*

## 6. Conclusão

De tudo quanto se disse sobre a ação monitória, resta concluir que o modelo adotado pelo Brasil, embora com raízes italianas, possui particularidades que lhe imprimem características próprias, que não podem ser desconsideradas, sob pena de se chegar a resultados insatisfatórios. Embora com as vistas nas fontes, procurou-se analisar o instituto considerando a tradição da dinâmica processual.

É ainda bem-vinda a tentativa de instituição, facultativamente, no sistema processual vigente. O sucesso experimentado em países como a Alemanha recomenda a tentativa. Posto à parte, evidentemente, as diferenças culturais e jurídicas entre os povos, a verdade é que a tentativa é válida. Melhor, de qualquer modo, do que o imobilismo das formas, que impede a experimentação de caminhos novos, na busca de melhoria da prestação jurisdicional no País.

Após muitos estágios pelos quais passou o Direito, chegou-se ao consenso de que um sistema processual seria tão mais perfeito e satisfatório quanto mais eficiente se mostrasse sua capacidade de colocar em pronta atuação a tutela jurisdicional necessária para garantir a realização concreta dos direitos creditórios não satisfeitos voluntariamente pelos devedores.

Desse modo, fixou-se o índice de eficiência do sistema processual de um povo, precipuamente, pelo fator de maior ou menos versatilidade do seu processo de execução para tutela dos direitos de crédito.

A vida moderna impõe que, sem desamparar o sagrado direito de o réu poder se defender, o credor tenha meio rápido e eficaz de abreviar o título executivo para satisfação de seu crédito, nos casos em que disponha de documento sério, ainda sem eficácia executiva, mas saiba que o devedor não tem disposição para se defender.

De qualquer modo, a preocupação e a tentativa de melhorar a justiça e torná-la mais ágil e menos dispendiosa sempre merece todos os encômios e constitui iniciativa que deve ser prestigiada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, J.E.C. *Procedimento monitório*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1995.  
ARAÚJO, F.F. de. *Ação monitória*. 3. tir. Campinas: Copola, 1995.  
CORREIA, O. de A. *Ação monitória*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

GRECO FILHO, V. *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SALVADOR, A.R.S. *Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada*. São Paulo: Malheiros, 1995.

TUCCI, J. R. R. *A ação monitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.



# INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.783/99 - A CONTRIBUIÇÃO DOS INATIVOS E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ruberval José RIBEIRO \*

## RESUMO

Trata o artigo do pretendido desconto previdenciário sobre aposentadoria e a liminar concedida pelo STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade.

**Palavras-chave:** contribuição previdenciária, liminar em ADIN, STF, publicidade da decisão.

## SUMMARY

This article is on the expected social welfare discount on retirement and the liminal given by STF in Direct lawsuit of Unconstitutionality.

**Key words:** Social welfare contribution; liminal in ADIN; STF; publicity of decision; inactives.

No início do ano de 1999 passou a vigor em nosso país a Lei 9.783, dispondo sobre a contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos e inativos, e dos pensionistas dos três Poderes da União. A referida contribuição segue critério de progressividade. Enfim, mais uma vez o governo convoca o trabalhador, o aposentado, para o sacrifício de arcar com as mazelas de sua má administração.

Já vi argumentos que visam a justificar juridicamente a inserção da referida norma em nosso meio. Confesso que poucas vezes observei tantas inconstitucionalidades em uma lei apenas, mas vamos às teses que buscam defendê-la:

1 – Afirma-se que a expressão “Servidores titulares de cargos efetivos”, constante do artigo 40, da Constituição Federal de 1988, está a abranger tanto o servidor ativo como também o inativo. Esta alegação não resiste ao confronto com o § 3º, do próprio artigo 40 já referido, que dispõe: “Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do **servidor no cargo efetivo** em que se der a aposentadoria e...” (*grifos nossos*)

---

\* 1. Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pela FEESR - Marília.SP

2. Professor de Direito do Consumidor da UNIMAR – Marília.SP

2 – Acenam também para o fato de o artigo 195 da Constituição Federal de 1988, estabelecer que “A Seguridade Social será financiada por toda a sociedade...”. Tal assertiva não resiste ao confronto com o artigo 194, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 que afirma competir ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, observando a irredutibilidade do valor dos benefícios.

A aposentadoria é um prêmio àquele que dedicou toda uma vida ao trabalho. É um fato que revela o momento de descansar. Segundo o Mnidicionário Aurélio, aposentar-se é “Deixar o serviço, ou atividade, conservando o ordenado...”. A lei acima mencionada vem de encontro com o conceito de aposentadoria.

Passo a demonstrar onde estão localizados os pontos frágeis da Lei 9.783/99, que a fazem natimorta:

1 – O parágrafo 1º do artigo 40 da Carta Magna traz critérios para ocorrência da aposentadoria. O fato de haver fixação de tempo de contribuição está a demonstrar que o servidor é co-patrocinador de sua própria inatividade, é em decorrência da certeza de que um dia irá aposentar-se que o mesmo contribui antecipadamente. Poupa-se hoje para usufruir amanhã. Ora, a exigência de contribuição àquele que já está aposentado faz ausente contraprestação. É incidência de uma cobrança sem causa:

2 – Os servidores já aposentados, quando da inserção da norma referida, estão protegidos pelo ato jurídico perfeito e o direito adquirido, pois se aposentaram por regras delineadas por norma anterior;

3 – A Lei 9.783/99 busca respeitar o critério nonagesimal quanto à cobrança, nos termos do § 6º, do artigo 195, da Constituição Federal de 1988. Entretanto, referido parágrafo diz respeito apenas às contribuições de que trata o próprio artigo 195 da Constituição Federal, não servindo para amparar a referida norma, que deveria ter-se orientado pelos critérios da anualidade e da anterioridade da lei;

4 – Havendo falta de contraprestação na cobrança, conforme já dito, surge indubitavelmente a figura do confisco (artigo 150, IV, CF/88).

5 – A norma fere também o princípio da isonomia, uma vez que no artigo 4º isenta aquele servidor que continuar trabalhando após completar as exigências para aposentadoria voluntária integral. Aqui está manifesta a intenção do legislador de prejudicar os aposentados. Um verdadeiro absurdo.

De resto, tem-se a dizer que o Judiciário, como sempre, cumprindo fielmente seu papel de bem distribuir justiça, já vem, por argumentos vários, dando azo ao afastamento da norma aqui tratada.

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal, em 30 de setembro de 1999, pronunciou-se a respeito de tão esperado assunto, qual seja, acerca do desconto previdenciário de inativos, inserido através da Lei n. 9.783/99. Por unanimidade (onze votos a zero) decidiu, em concessão liminar em ADIN proposta pelo Conselho Federal da OAB (mas que bem demonstra o futuro mérito), que os descontos não podem continuar, por impossibilidade expressa na Cons-



tituição Federal, após análise conjugada dos artigos 40, § 12 e 195, II, CF/88. É importante observar que a decisão tem validade a partir de 30 de setembro de 1999, mas poderá ter efeito retroativo, uma vez confirmada em decisão de mérito, cabendo ressarcimento dos valores recolhidos indevidamente.

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal, alguns fatos fizeram-se importantes: em primeiro lugar, veicularam-se notícias em jornais revelando que o governo federal recebeu com indignação a decisão da Suprema Corte, argumentando que o resultado seria trágico para as finanças públicas. Mas é preciso observar que o governo deveria, antes de tudo, não sancionar leis que indignem toda a comunidade jurídica, devendo respeitar princípios elementares do direito, antevendo a possibilidade de êxito de suas medidas; por outro lado, demonstra o governo o despreparo para as coisas do direito, em que pese o aparato judicial que tem disponível. Não teve a sensibilidade de detectar fatos tão notórios, sinalizando para a sanção presidencial.

Agora, de nada resolve imputar ao Poder Judiciário a culpa pela impossibilidade de dar cumprimento às promessas de superávit feitas ao FMI. O Governo informava, já naquele tempo, que não iria desistir de suas metas econômicas e que iria contra-atacar com novas medidas, que eram de possível visualização: contenção de despesas ou aumento na arrecadação. Quanto à primeira hipótese (contenção de gastos sociais), percebíamos a dificuldade, já que os Ministérios reclamavam por mais verbas; quanto à segunda hipótese (aumento de arrecadação), imaginávamos que poderia voltar-se contra os militares, dirigindo-lhes medidas de descontos previdenciários ou, pasmem, proceder ao prolongamento de prazos e alíquotas da famigerada CPMF.

Enfim, percebíamos àquele tempo que a ordem era dar cumprimento às metas impostas pelo FMI, impor confiança nos investidores internacionais, voar contra o vento, para que este mesmo vento não levasse daqui mais investimentos e assoprasse para cá o temido processo inflacionário.

Quanto ao desconto previdenciário, afirmávamos que estaria quase morto, mas já pronto para transformar-se em um fantasma, porque a situação não seria definitiva, ou seja, o governo poderia, em um esforço desesperador, trazer de volta o tema, desta feita, com novas Emendas inseridas no texto constitucional, o que importaria em nova batalha hermenêutica, e que deveríamos estar atentos para regras e princípios básicos do direito, a fim de que novamente não houvesse indignação e não tivéssemos novamente sua proposta jogada no lixo.

E que deveríamos aguardar, pois a batalha continuaria.

Ocorre porém, que, estranhamente, até a presente data (ano de 2002), o Supremo Tribunal Federal sequer publicou a decisão liminar concedida em 1999, impedindo dessa forma o prosseguimento do processo e, por outro lado, a meu sentir, recusando atendimento ao princípio da publicidade. Recentemente, o Procurador Geral da AGU peticionou nos autos, solicitando a publicação, para que possa dar andamento à demanda. Afinal, fato de tamanha importância tem que chegar em tempo mais breve possível a um ponto final, visto que o processo visa justamente a necessária pacificação social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- MARTINS, S. P. *Legislação Previdenciária – atualizada de acordo com o D. n. 3048/99*. 2. ed. São Paulo: Atlas, [s.d.].
- MORAES, A. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, [s.d.].

## LAVAGEM DE DINHEIRO

Sônia Regina De Grande Petrillo OBREGON \*

### RESUMO

Estudo sobre a legislação que criou o crime de lavagem de dinheiro, figura penal especial que engloba em sua estrutura, desde diferentes condutas até a dosagem da pena, na busca de inibir a prática de crimes por organizações criminosas.

**Palavras-chave:** Lavagem de dinheiro, recepção de bens e valores, dissimulação.

### SUMMARY

It is a study on the legislation that created the wash sale crime, special penal figure that englobates in its structure, since different conducts up to the dosage of the penalty, with the intention of inhibiting the practice of crimes by criminal organizations.

**Key words:** money laundering reception of properties and values; dissimulation; financial exchanges.

O legislador, com a Lei 9.613, de 1998, chamada pelos doutrinadores de “Lei de Lavagem de Capitais” ou “Lei de Lavagem de Dinheiro”, criou o crime de lavagem de dinheiro, uma figura penal especial, descrita no artigo 1º, a qual engloba, em sua estrutura, desde diferentes condutas até a dosagem da pena. Trata-se do meio encontrado pelo legislador na busca de inibir a prática de crimes por organizações criminosas, uma vez que a lavagem de dinheiro é um dos seus instrumentos.

A Lei citada teve como base as regras da Convenção de Viena, de 20 de dezembro de 1988<sup>1</sup>, na procura de harmonizar-se com outros países que ten-

\* 1. Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá.Pr.

2. Professora de Direito Penal da UNIMAR - Marília.SP.

1. As principais fontes normativas sobre a lavagem de dinheiro são: a Recomendação R-80 do Conselho Europeu, a Convenção de Viena de dezembro de 1988, a Declaração de Basiléia (Declaração de Princípios do Comitê de Regras e Práticas de Controle das Operações Bancárias – 12/1988) e suas alterações, a Declaração Conjunta dos sete países mais industrializados (1989), o Convênio do Conselho Europeu (Estrasburgo – 08.11.1990), os informes do G.A.F.I (Recomendações Gerais de 1990), a Convenção da CEE de 1990, a Recomendação da OEA de 1990, o Regulamento Modelo da OEA, as Assembléias das Nações Unidas de Nápoles e Cairo, a XXII Assembléia-Geral da OEA de 18.05.1992, o Programa de Ação Global da ONU de 1993, a Cúpula das Américas de dezembro de 1994 e a

tam uma uniformização de regras no combate às organizações que praticam o crime organizado.

A figura fundamental desse crime vem descrita no artigo 1º, caput dessa Lei, com a seguinte redação:

Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; II – de terrorismo; III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV – de extorsão mediante seqüestro; V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VI – contra o sistema financeiro nacional; VII – praticado por organização criminosa. Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

Fazendo uma análise, ainda que superficial, desse dispositivo, verificamos que:

*“Cuida-se de ocultar (esconder) ou dissimular (encobrir) a natureza (a essência, a substância, as características estruturais ou a matéria), origem (procedência, lugar de onde veio ou processo através do qual foi obtido), localização (a situação atual, o lugar onde se encontra), disposição (qualquer forma de utilização, onerosa ou gratuita), movimentação (no sentido de aplicação; de circulação, especialmente financeira ou bancária, ou, também, de deslocamento físico de bens móveis) ou propriedade (domínio, poder sobre a coisa, titularidade, qualidade legal ou fática de dono) de bens, direitos e valores (objetos materiais do crime)”.*<sup>2</sup>

Esse crime é “conhecido internacionalmente como ‘money laundering’, ‘blanchiment d’argent’, ‘reciclagio del denaro’ ou ‘blanqueo de dinero’ – que significa, em outras palavras, ‘lavagem’ ou ‘branqueamento’ de bens, direitos e valores decorrentes de crime anterior [...]”<sup>3</sup>.

A figura mais compatível com o crime de lavagem de dinheiro é a receptação, surgida no período Justinianeu com a figura do crimen extraordinarium receptatorum. No Código Penal Brasileiro, está presente no artigo 180, com redação alterada pela Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996: “Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que tercei-

Conferência Ministerial sobre a Lavagem de Dinheiro e Instrumentos do Crime, de Buenos Aires, em 02.12.1995, e finalmente a recente Conferência Mundial sobre drogas, realizada pela ONU em Nova York, de 08 a 10.06.1998. (OLIVEIRA, W. T. *A criminalização da lavagem de dinheiro [aspectos penais da Lei 9.613 de 1º de março de 1998]*, p. 114-115).

2. MAIA, R. T. *Lavagem de dinheiro (Lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da lei n. 9.613/98*, p. 65.

3. GOMES, L. F. *Lei de lavagem de capitais: aspectos processuais*, p. 10.

ro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte.”<sup>4</sup>

A receptação pode ser conceituada “como o crime que acarreta a manutenção, consolidação ou perpetuidade de uma situação patrimonial anormal, decorrente de um crime anterior praticado por outrem.”<sup>5</sup> Procurou-se, com essa figura, evitar o distanciamento do bem do proprietário. Ao autor do crime importa a obtenção de lucro, ou seja, o *animus lucrandi*.

Atualmente, em nosso país, com a formação de organizações criminosas nos moldes empresariais, tivemos um aumento da lucratividade ilícita e uma modificação no aproveitamento do produto criminoso<sup>6</sup>, após complexa transação, que chega a envolver empresas lícitas na interligação de operações bancárias, nacionais e internacionais, reciclando os lucros ilícitos em lícitos.

Daí o legislador criar a Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, “Lei de Lavagem de Capitais”<sup>7</sup>, vindo a ampliar “a finalidade protetiva da norma nestes casos, alcançando outros valores indispensáveis à vida em sociedade e igual-

---

4. Redação de 1940 – artigo 180. “Adquirir, receber ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte.”

5. PRADO, L. R., BITENCOURT, C. R. *Código penal anotado e legislação complementar*, p. 645.

6. “[...], primigenamente nas atividades de extorsão (‘venda de proteção’), nos crimes ‘sem vítimas’ como os empréstimos usuários, a prostituição, a pornografia infantil e os jogos de azar e, com o passar do tempo, a opção pelo lucrativo tráfico de armas e entorpecentes, pelo controle dos sindicatos para incremento das extorsões, pela corrupção de funcionários e agentes públicos para garantia da tranquilidade de suas operações e, modernamente, pela administração e aquisição de negócios lícitos como forma de investir os ganhos ilícitos, otimizando-os, e, sobretudo, tornando-os ‘limpos’ e como estratégia para prática de ilícitos mais sofisticados, tais como os crimes contra a economia popular, o sistema financeiro e a ordem tributária tradicionalmente cometidos por criminosos de ‘colarinho branco’.” (MAIA, R. T. *O Estado desorganizado contra o crime organizado: anotações à Lei Federal n. 9.034/95 [organizações criminosas]*, p. 18-19).

7. O primeiro país a punir a lavagem de capitais foi os Estados Unidos, durante a “Lei Seca”, após perceber a formação de um submundo manipulado por organizações criminosas, com a finalidade de que o produto proibido chegasse ao seu destino e lhes propiciasse um aumento substancial dos ganhos ilícitos. Alphonse Alcapone, vulgo Al Capone, foi quem mostrou aos criminosos a necessidade de se procurarem novos meios para a reciclagem do dinheiro ilícito. “Nascido em Nova York em 1899, no Brooklyn, de ascendência italiana (os pais emigraram de Nápoles em 1883), Alphonse Alcapone assumiu o controle do crime organizado da cidade de Chicago, no Estado de Illinois, no final da década de 20, enriquecendo em especial com a venda de bebidas ilegais”. Foi preso em 1931 por sonegação fiscal. Quanto à “Lei Seca”, gostaríamos de mencionar que: “Com a edição da 18ª Emenda Constituição norte-americana, promulgada em janeiro de 1919, adotou-se uma legislação federal (*Volstead Act*), em 1920, que proibiu a fabricação, a venda e o transporte de bebidas intoxicantes (assim consideradas as que contivessem mais de 0,5% de teor alcoólico), exceto as com comprovada finalidade medicinal. Esta legislação, enquanto esteve em vigor, possibilitou não só a criação e o desenvolvimento de incontáveis organizações criminosas, como propiciou a geração de um mercado de produtos e serviços ilegais que movimentava milhões de dólares”. [ MAIA, Rodolfo T. *Lavagem de*

mente vulnerados por estas condutas humanas quando realizadas no contexto da criminalidade organizada”<sup>8</sup>, como a paz pública (artigo 1º, inciso VII), ficando, pois, a figura da receptação, protetora do patrimônio, público ou individual, insuficiente para proteger a sociedade de manobras tão complexas da transformação de “bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: VII – praticado por organização criminosa” (artigo 1º, da Lei 9.613/98), anteriormente inexistente<sup>9</sup>.

A lavagem de capitais passa por etapas:

- a) ocultação – momento em que o criminoso se separa do dinheiro obtido com a prática do crime, através de depósito bancário – em paraísos fiscais<sup>10</sup>, inclusive –, troca por dólares, compra de bens móveis ou imóveis superfaturados etc. “Apesar de parecer simples, esta ação é bastante delicada, pois, evidentemente, é a mais aparente, vez que é necessário apresentar o dinheiro em espécie, assegurando, assim, uma primeira transformação”<sup>11</sup>;
- b) dissimulação – disfarça-se de legítimo o dinheiro ilícito, por meio de muitas transferências bancárias, porém divididos em inúmeras contas, em nome de vários titulares, para que, no final da transação, retorne ao titular de origem. Essa fase, de limpeza real do ativo, foi altamente favorecida com o advento do computador. Interessante é a observação, de Rodolfo Tigre Maia, ao dizer que “a existência dos novos métodos de movimentação cibernética de ativos desempenham nesta fase um salto de qualidade equivalente ao da criação da máquina automática para a lavagem de roupas”.<sup>12</sup> Normalmente, utiliza-se a SWIFT (Companhia Mundial de Telecomunicações para Transações Financeiras Interbancárias) para as transações financeiras, por meio de mensagens codificadas, dificultando o seu acom-

---

*dinheiro (Lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da lei n. 9.613/98, p. 28 e 26). “Em 1931 foi criada a ‘WICKERSHAM COMMISSION’, que concluiu que a Volstead Act era inaplicável e só encorajava o desrespeito pela lei, tendo sido extinta em 1936” (SOUZA NETTO, J. L. *Lavagem de dinheiro: comentários à Lei 9.613/98*, p. 92).*

8. MAIA, R. T. op. cit., p. 24.

9. A expressão “dinheiro” não vem expressa nesse dispositivo, mas “a explicação é simples: o ‘dinheiro’ está incluído na expressão ‘bens’ e na projeção econômico-financeira dos conceitos de direitos e valores” [OLIVEIRA, W. T. *A criminalização da lavagem de dinheiro (aspectos peais da Lei 9.613 de 1 de março de 1998, p. 119)*].

10. Paraísos fiscais são localidades onde se encontram instituições financeiras multinacionais permissivas de contas secretas, com o sigilo bancário, favorecendo o desconhecimento de seus titulares. Exemplificando, dentre outras: Ilhas Cayman, Mônaco e Suíça. IN: MAIA, R. T. op. cit p. 42-43.

11. HÉRAIL, J.L., RAMAEL, P. *A lavagem de dinheiro e o crime organizado na França: o fenômeno e o direito*, p. 15.

12. MAIA, R. T. op. cit., p. 39.

- panhamento; outras vezes, “o sistema ‘CHIPS’, através de câmaras de compensação dos sistemas de pagamento interbancário”<sup>13</sup>;
- c) integração – aplicação do dinheiro “limpo” em operações lícitas, nada impedindo seu reemprego em atividades ilícitas, até mesmo nas que já o levaram ao grande lucro.

Os responsáveis pela prática desse ato ilícito penal procuram vencer todas as etapas citadas, a fim de ficarem impunes diante da justiça.

Em relação ao artigo 1º dessa Lei, podemos classificá-lo como:

- a) crime acessório<sup>14</sup>: depende da existência de um tipo penal principal – existe sobre si mesmo;
- b) crime “diferido” ou “remetido”: o legislador indica o crime antecedente em cada inciso do artigo, sendo específico desse trabalho o inciso VII<sup>15</sup>;
- c) crime autônomo: ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime anterior, será punido o autor do crime de lavagem de dinheiro;
- d) crime plurissubsistente: cabe a tentativa, pois seu ato pode ser fracionado;
- e) crime alternativo, de ação múltipla ou conteúdo variado: praticado por várias condutas (ocultar, dissimular, adquirir, receber, trocar, negociar, guardar, dentre outras), porém punido por um crime único.

Tem como elemento subjetivo geral o dolo. Finalmente, consideramos o crime antecedente como elementar, do tipo dos crimes de lavagem de dinheiro.

Quanto à pena, em regra, a do crime acessório é menor que a do principal, mas, nessa Lei 9.613/98, o legislador agiu de modo diferente, fixando a pena entre 3 e 10 anos de reclusão e multa.

Os §§ 1º e 2º, do artigo 1º trazem figuras equiparadas às do caput:

---

13. HÉRAIL, J. L., RAMAEL, P. op. cit., p. 15.

14. Para William Terra de Oliveira, “não é um delito ‘*meramente acessório*’ a crimes anteriores, já que possui estrutura típica independente (preceito primário e secundário), pena específica, conteúdo de culpabilidade própria, e não constitui uma forma de participação *post-delictum*” [*A criminalização da lavagem de dinheiro (aspectos penais da Lei 9.613 de 1º de março de 1988)*, p. 125].

15. Verificamos que o referido inciso, ao usar a figura da organização criminosa, ampliou a quantidade dos crimes antecedentes praticados por ela, em razão de o legislador ter-nos dado a diretriz da quadrilha ou bando para conceituá-la. Nesse sentido, Rodolfo Tigre Maia pondera: “[...], entendemos que a Lei Federal n. 9.034/95 efetivamente conceituou organização criminosa [ op. cit p. 78]. Numa posição diametralmente oposta, encontramos José Laurindo de Souza Netto: “Inobstante as menções legislativas sobre as organizações criminosas, não há no ordenamento jurídico brasileiro uma definição legal. Tal circunstância impede que seja crime antecedente da ‘lavagem’ de dinheiro. Sendo a organização criminosa, elemento normativo do tipo da ‘lavagem’, a sua indefinição conduz à exclusão da tipicidade” [op. cit., p. 96].

*“§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo: I – os converte em ativos lícitos; II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo; II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei”.*

Temos, no § 4º, uma causa especial de aumento de pena: “A pena será aumentada de 1 (um) a 2/3 (dois terços), nos casos previstos nos incisos I a VI do caput deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa”; e, no § 5º, o instituto da delação premiada: “A pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

Luiz Flávio Gomes sustenta uma posição diferente da maioria dos doutrinadores, quanto ao § 5º, do artigo 1º da Lei analisada. Menciona que esse dispositivo admite, na primeira parte, a delação premiada e a confissão premiada, na segunda.

*“Assim, se ele presta esclarecimentos que ‘conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria’, isso significa delação, precisamente porque, para além de proclamar sua culpabilidade, acaba por envolver outras pessoas; de outro lado se seus esclarecimentos versam unicamente sobre a localização dos bens direitos ou valores objeto do crime, estamos diante de uma mera confissão (que será, a posteriori, premiada).”<sup>16</sup>*

A lavagem de capitais traz um grande prejuízo para a sociedade. Pela pesquisa realizada, verificamos que a lavagem de dinheiro chega a alcançar o valor de 500 bilhões de dólares anuais, sendo que perde somente para as exportações e as transações com petróleo, informática e remédios. Observamos que a luta contra a lavagem de dinheiro se torna uma das mais importantes formas de combater a organização criminosa.<sup>17</sup> No entanto, “é difícil estimar quanto dinheiro é lavado no Brasil. Segundo o Departamento de Estado americano, o país é um paraíso de lavagem de dinheiro, sendo classificado na segunda mais grave categoria – ‘prioridade média-alta’”.<sup>18</sup>

16. GOMES, L. F. *Lei de lavagem de capitais: comentários à Lei 9.613/98*, p. 344.

17. OLIVEIRA, W. T. op. cit, p. 9.

18. SOUZA NETTO, J. L. op. cit, p. 45.



Sônia Regina De Grande Petrillo Obregon

---

No Brasil, as instituições financeiras são usadas para a prática da lavagem de dinheiro, porém sem consciência dessa situação.



# OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR E O CONTRATO DE *LEASING* FINANCEIRO PARA PESSOAS FÍSICAS

Regina Célia de Carvalho Martins ROCHA \*

## RESUMO

Este trabalho apresenta uma explanação sobre das normas consumeristas, dos direitos básicos do consumidor e as possibilidades de interpretação sobre sua aplicação aos contratos de *leasing* de natureza financeira, realizados por pessoas físicas.

**Palavras-chave:** *Leasing*, direitos do consumidor, publicidade enganosa, danos patronais.

## SUMMARY

This study presents an explanation about the costumers' norms, about the basic rights of the costumer and the possibilities of interpretation about its appliance into the leasing contracts of financial nature, made by ordinary people.

**Key words:** Leasing; costumers' rights; fraudulent publicity; injuries provided by the boss.

## 1. Sinopse

Atualmente, não há como se negar a grande discussão e incerteza que o leasing, fundamentalmente o *leasing* financeiro, vem ocasionando em nossa doutrina e principalmente em nossos Tribunais. Inúmeras ações revisionais têm sido propostas por arrendatários, os quais, entendendo ser “consumidores” frustrados em seus direitos ou mesmo lesados, questionam os contratos de leasing perante a Justiça brasileira.

Este pequeno trabalho, sem pretensão de esgotar o assunto ou pôr fim à polêmica que se instalou no Judiciário, sobre a aplicabilidade ou não das normas consumeristas sobre os contratos de leasing, apresenta uma pequena explanação sobre os direitos básicos do consumidor e as possibilidades de interpretação sobre sua aplicação ou não aos contratos de leasing de natureza financeira, realizados por pessoas físicas.

---

\* 1. Mestranda em Empreendimentos Econômicos pela UNIMAR-Marília.SP  
2. Professora de Direito Civil da UNIMAR- Marília.SP.

## 2. Direitos fundamentais do consumidor – artigo 6º da Lei nº 8.078/90

A lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – estabelece toda a diretriz a orientar as relações denominadas relações de consumo, e desde sua efetiva vigência, no âmbito legal brasileiro, vem suscitando profundas reflexões e árduos trabalhos de estudo por parte de grandes nomes de nosso direito pátrio.

O Código de Defesa do Consumidor, como sua própria denominação indica, preocupa-se fundamentalmente, entre outros aspectos, em ditar as regras essenciais a serem observadas nas relações de consumo, quase todas na atualidade regidas por “contratos de adesão”, levando em consideração o fato de que o consumidor, nessa cadeia negocial, é a parte mais fraca e com maiores dificuldades de compreender em plenitude os direitos e deveres contratuais que possui.

Desse modo, tencionando proteger o fraco diante do mais forte, o menos abastado diante do mais poderoso economicamente, e o menos favorecido nos estudos diante do mais culto e astuto, vimos, com o surgimento deste diploma legal, despontar em nossa legislação uma regra legal de tal profundidade e alcance, a merecer sucessivos elogios e acatamento cada vez mais unânime e sedimentado por parte de nossos juristas e Tribunais.

Ao observarmos o leasing financeiro, não podemos nos esquecer de que a figura do arrendatário em tais contratos, a partir do advento da Resolução 2.309/96, pode ser também “qualquer” pessoa física, não existindo restrições ou exigências específicas para as mesmas. Dessa maneira, é inegável que um grande número de pessoas físicas, ao realizarem um contrato, tencionando adquirir um bem durável, muitas vezes estão realizando, sem compreenderem, o contrato de leasing financeiro.

Diante de tais assertivas, é hora de questionarmos: são essas pessoas consumidoras ou não? Aplica-se aos contratos de leasing financeiro as regras e interpretações do Código de Defesa do Consumidor? Qual a interpretação a ser dada, quando os contratos de leasing financeiro passam a apresentar problemas? Quais os efetivos direitos do arrendatário, diante dessa modalidade contratual? Será que o arrendatário é perfeitamente informado sobre a modalidade contratual com que pactua ao assinar os contratos de adesão representativos do leasing financeiro?

Essas e outras tantas questões nos assolam quando nos deparamos com o crescimento dos contratos de leasing financeiro, no Brasil, notadamente na área dos veículos, e agora em uma crescente utilização também no campo imobiliário. Não são poucos os contratos em que, sofridas perturbações, especialmente relacionadas à impossibilidade de o arrendatário prosseguir cumprindo suas obrigações de pagar as contraprestações, geram o impasse das ações judiciais de reintegração de posse por parte da arrendadora ou ações de revisão de cláusulas, por parte do arrendatário. Com isso cresce a discussão: aplicam-

se ou não as regras do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de leasing financeiro?

Embora nossos Tribunais em grande maioria venham optando pela resposta afirmativa, são raros os estudiosos que se dedicam ao tema com maior profundidade. Para que possamos chegar a alguma posição a respeito, é necessário primeiramente que nos dediquemos a conhecer pelo menos as normas essenciais sobre as relações de consumo, para que depois possamos fazer as considerações acerca de sua aplicabilidade sobre as contratações de leasing financeiro.

É conveniente lembrarmos que foi preocupado em proteger a parte mais susceptível das relações de consumo que o legislador do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu premissas fundamentais, e nesse ínterim, conceitua textualmente o “consumidor” no artigo 2º da Lei 8.078/90: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”<sup>1</sup>

Duas correntes doutrinárias surgem para interpretar o conceito de consumidor, bem como a expressão “destinatário final”, previstos no texto legal.

A primeira destas correntes, a dos finalistas, no dizer de Cláudia Lima Marques<sup>2</sup>, contém o parecer dos pioneiros no consumerismo brasileiro, que identificaria o consumidor como o pilar fundamental do Código de Defesa do Consumidor, merecendo, portanto, especial preocupação a perfeita definição restrita desse consumidor que é o “destinatário final” da cadeia das relações de consumo.

Por tal teoria, podemos conceituar o destinatário final como

*[...] aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, por esta interpretação teleológica não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, para uso profissional, pois o bem seria novamente instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final” do produto ou serviço.”<sup>3</sup>*

De conformidade com essa corrente interpretativa, o consumidor somente seria aquele que adquire produtos ou serviços para uso pessoal próprio ou de sua família. Este sim seria a parte hipossuficiente da relação consumerista, que o legislador pretendia proteger, quando idealizou o C.D.C.

Essa é a posição adotada pelo legislador argentino, como nos ensina o professor Roberto M. Lopes Cabana (1996):

---

1. Art. 2º Lei 8.078/90. (Código de defesa do Consumidor).

2. MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. Ad. RT, 1998.

3. Idem, *Ibidem*.

*«La protección estatutaria está limitada exclusivamente a los consumidores o usuarios, y tiene por tales a “las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio, o de su grupo familiar o social: a) la adquisición o locación de cosas muebles; la prestación de servicios; c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas”. (art. 1º)*

*Se excluyen expressamente “los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento” (art. 2º, in fine). Esta exclusión concuerda con la ley mejicana de 1976.»<sup>4</sup>*

Percebe-se que países outros da América Latina adotam sistema legal de proteção ao consumidor semelhante em vários aspectos, àquele que foi adotado pelo legislador consumerista brasileiro.

Ao lado da corrente finalista, a qual, acima especificada se aproxima da visão de outros países latino-americanos, temos a corrente maximilista, a qual considera que o C.D.C. é um conjunto de regras idealizado para todo o mercado consumidor brasileiro, e não direcionado especificamente para uma fatia específica desse mercado, devendo ser o mesmo um código geral sobre o consumo, o qual deve ser aplicado a toda a sociedade, possuindo normas e princípios para todos os agentes que interagem no mercado, os quais assumem ora papéis de fornecedores, ora de consumidores.

Nos dizeres de Cláudia Lima Marques (1998), paras os maximilistas, destinatário final seria.

*“[...] o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, consome, por exemplo, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para uso nas repartições e, é claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família.”<sup>5</sup>*

Por tal corrente doutrinária teríamos, portanto, uma maior amplitude de interpretação relativa ao conceito de consumidor, para efeitos de aplicação das regras contidas no C.D.C.

Embora louvável a intenção dos maximilistas, ao tencionarem ampliar a abrangência das regras do C.D.C., o que em um primeiro momento foi perfeitamente aceito por nossos Tribunais, a seguir a mesma facilitou atitudes nada louváveis para determinadas empresas, as quais passaram a buscar o Judiciário, deturpando o conteúdo do C.D.C. em benefício de seus interesses particulares, o que na verdade colocou em risco a proteção daquele que é o consumidor stricto sensu. Hoje, a tendência interpretativa com relação ao conceito de

---

4. CABANA, R. M. La contratación en la Ley de Defensa Del Consumidor, in *Revista dos Tribunais*, vol.727, 1996, p. 11-16.

5. MARQUES, Cláudia Lima. op. cit.

consumidor segue as orientações da corrente finalista.

Destarte, salvo melhor juízo, em princípio devemos submeter às normas previstas no C.D.C. aquele destinatário final conceituado pela corrente finalista, deixando em aberto a possibilidade de ampliação da aplicação de tais regras para as pessoas jurídicas e profissionais liberais, em casos excepcionais, quando esta for a atitude mais sensata a ser assumida.

Podemos resumir toda a preocupação do legislador do C.D.C. com o fato de ser o consumidor aquele ente que, ao realizar contratos de consumo, entra em um mercado cujas regras nem sempre conhece em sua totalidade, o que o torna vulnerável e é por tal razão que o legislador preocupou-se em protegê-lo, ditando regras mínimas a orientarem os direitos desta figura tão complexa.

## 2.1 O Consumidor e o direito a informação adequada

O artigo 6º inciso III da Lei 8.078/90 especifica claramente que o consumidor tem direito à “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam”.<sup>6</sup> De conformidade com essa orientação legal, o consumidor tem direito a ter conhecimento pleno sobre os produtos e serviços que são oferecidos no mercado de consumo, sendo tal obrigação um dever do fornecedor, fabricante ou mesmo daquele que presta um determinado serviço.

Na realidade esse direito do consumidor corresponde a um dever que recai sobre o fornecedor de produtos e serviços de “informar” adequadamente aquele que contrata, de todas as características do objeto do contrato, para que o consumidor, de pleno conhecimento com a realidade, possa fazer uma opção cônica sobre a contratação realizada e o que esperar do bem ou serviço contratado.

## 2.2 A proteção contra a publicidade enganosa e abusiva

Segundo Adalberto Pasqualoto (1997)<sup>7</sup>, a publicidade surgiu em meados do século XIX e, naquela época resumia-se tão somente em uma comunicação informativa entre vendedor e comprador, visto que as relações que se formavam entre ambos eram alicerçadas no conhecimento pessoal e confiança. Havia por tal razão uma confiabilidade entre aqueles que contratavam, e a publicidade de então refletia um conceito de seriedade e honestidade.

O tempo passou e a mudança de mercado, ocorrida com o surgimento dos grandes monopólios e oligopólios, e a partir da Segunda Guerra Mundial, fez com que a publicidade passasse a desempenhar uma nova função de orientar e direcionar o consumo, através da estimulação e provocação de necessida-

---

6. Art. 6º, inciso III, Lei 8.078/90

7. PASQUALOTO, A. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, 1997.

des no consumidor. A publicidade passou então a ser a “alma do negócio” para o comerciante, sendo seu principal argumento na luta para vencer a concorrência.

O desenvolvimento do mercado comercial foi se alterando e, com a receptividade dos contratos de adesão, o consumidor passou a ficar exposto à publicidade concorrencial e a contratações pré-estabelecidas, sem que o “mundo” dos contratos paritários conseguisse acompanhar e suprir as necessidades de uma população cada vez mais massificada.

É com o advento do Código de Defesa do Consumidor que vamos observar uma inovação com relação à publicidade, a qual até então era regulada tão somente levando-se em consideração os aspectos de natureza comercial relacionados à concorrência desleal, ou mesmo ligados aos direitos de criação autoral. Não existia até o advento do C.D.C. nenhuma preocupação voltada para o consumidor, e é no artigo 6º inciso IV, que vamos verificar a proteção estendida pelo legislador relativa à propaganda veiculada pelo fornecedor, a fomentar o mercado de consumo, no intuito de proteger o consumidor contra as atitudes desleais ou abusivas que porventura sejam praticadas pelo fornecedor ao realizar a publicidade.

No Código de Defesa do Consumidor, podemos observar com clareza a preocupação do legislador com a fase pré-contratual e, nesta, a boa fé deve estar sempre presente, a traduzir a verdadeira intenção e lealdade das partes que pretendem celebrar um contrato. Assim, nos contratos de consumo, quando o fornecedor de produtos ou serviços se dirige ao mercado, através da publicidade de qualquer natureza, deve fazê-lo de forma límpida e transparente, para possibilitar ao consumidor todas as informações necessárias a uma contratação adequada e justa.

Não se pode negar, diante do dia a dia, que a publicidade exerce enorme influência sobre a população de um modo geral, atingindo desde a criança em sua mais tenra idade até o idoso. De um modo ou de outro, os meios de comunicação acabam por apresentar para nós, dentro de nossos lares, desejos de consumo; e é sem medo de errar que podemos dizer que muitas vezes somos levados a consumir em face de uma publicidade que se nos é apresentada no dia a dia. É o marketing atingindo nossas vidas.

Desse modo, podemos afirmar que a publicidade exerce um caráter persuasivo sobre a vontade do usuário, o qual é alvo específico e desejado pelo fornecedor para atingir seus fins de comércio, razão pela qual tal publicidade deve revelar-se íntegra.

O Código de Defesa do Consumidor tem, em seus artigos 36 a 38, o alicerce da publicidade que motiva as relações de consumo, estabelecendo em seus preceitos os conceitos da abusividade e a enganosidade, nos meios utilizados pelo fornecedor para atingir o consumidor, visando a coibir tais atitudes que desestabilizam o mercado e prejudicam o consumidor.

Assim, esta é a orientação de Cláudia Lima Marques sobre o tema:

*“Com a entrada em vigor do CDC, vários aspectos da publicidade comercial passaram a ser juridicamente importantes. Examinamos anteriormente, nos pontos 1.1 e*



*1.2 o efeito vinculativo que a publicidade passa a ter, seja contratualmente, como oferta (art. 30), seja como informação obrigatoriamente clara e correta, a responsabilizar quem a veicula (art. 35) e responsabilizar solidariamente toda a cadeia de fornecedores (art. 18). Esses efeitos vinculativos têm como fim assegurar uma maior transparência nas relações de consumo, pois hoje ninguém duvida da forte influência que a publicidade exerce sobre a população brasileira.”<sup>8</sup>*

### a) A publicidade enganosa

O artigo 37 da Lei 8.078/90, abaixo transcrito em parte, veda expressamente a publicidade enganosa e a abusiva.

Artigo 37, parágrafo 1º:

“É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”.

Parágrafo 3º Para efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”<sup>9</sup>

Observe-se que, de conformidade com a orientação legal, a propaganda enganosa é toda aquela capaz de induzir o consumidor a erro, ou seja, aquela que leva o consumidor a ter uma falsa percepção da verdade, que vem a ser ocasionada por uma ação ou mesmo omissão do fornecedor, vindo a levar o consumidor à realização de uma negociação distorcida, por força da enganosidade.

Há que se considerar que o legislador do C.D.C. não se preocupou com o dolo ou culpa daquele que levou a publicidade à veiculação; tão somente considerou o resultado que tal ato gerou, qual seja, o de distorcer a realidade para o consumidor.

A capacidade de indução a erro está relacionada à potencialidade lesiva da mensagem publicitária veiculada, sendo, portanto, um dado de aferição objetiva, divorciado de qualquer consideração de má-fé do anunciante.

Note-se aqui também, por deveras oportuno, que a omissão por parte do fornecedor de produtos e serviços em uma propaganda constitui uma enganosidade nos meios de publicidade.

A enganosidade dos meios de publicidade é quase sempre sutil e de difícil detecção, vez que surge por subterfúgios ou mesmo por omissões que confundem o homem médio, e às vezes passam despercebidas.

Exemplo que interessa ao nosso tema nos é trazido na obra de Adalberto Pasqualotto<sup>10</sup>, quando o mesmo se reporta a interessante caso veiculado na

---

8. MARQUES, C. L., op. cit., p. 344

9. Art. 37, Lei 8.078/90.

Bélgica.

*“Na Bélgica, um fabricante de automóveis publicou um anúncio comparativo, afirmando que o preço do veículo de sua fabricação era equivalente a um bilhete diário de ida e volta no sistema integrado de transporte público de Bruxelas. A companhia de transporte reagiu, demonstrando que o preço do automóvel considerado no anúncio era apenas o do primeiro ano de um contrato de leasing, cujo valor seria maior nos anos subseqüentes; e que a tarifa de transporte era a mais alta do sistema integrado.*

Parece-nos que, a exemplo do que vem acontecendo atualmente no Brasil, onde o número de contratos de leasing financeiro na esfera de automóveis cresce ano a ano, também em outros países as empresas fazem uso do mesmo tipo de contrato para “venderem” seus veículos, com a agravante de veicularem publicidade omissiva, em que o consumidor não é cientificado nem sequer da espécie de contrato que vem realizando, razão pela qual o mesmo supõe estar “comprando” um carro, quando na realidade está arrendando.

O modo pelo qual o autor se refere à propaganda veiculada na Bélgica nos lembra a publicidade brasileira utilizada pelas grandes montadoras de veículos, as quais anunciam todos os dias a suposta “venda” de veículos com taxas de juros baixos e condições facilitadas de pagamento, mas em nenhum momento se referindo a modalidade de contrato que será utilizado para tais negociações, qual seja o de leasing financeiro, omitindo assim ao consumidor (sim já que a intenção das pessoas é comprar o bem e não arrendá-lo) caracteres importantes do negócio e que o induzem a erro.

## **b) A publicidade abusiva**

A publicidade é o meio utilizado pelos fornecedores com o intuito de induzir o consumo através da promoção de estímulo dos desejos do consumidor. Desde que ela seja utilizada de forma digna, é meio lícito permitido pela legislação brasileira a incentivar o comércio em geral.

É a exigência de que as relações de consumo devem ser orientadas pela lealdade e boa fé, vez que a publicidade atinge diretamente as pessoas e, quando mal direcionada, pode ocasionar danos patrimoniais e até morais ao consumidor.

Para tutelar especificamente tais situações, o legislador do C.D.C. estabeleceu no artigo 37 parágrafo 2º os parâmetros da propaganda abusiva, para com isto pretender coibir futuros danos que possam se instalar na esfera das relações de consumo.

Ao apresentar tal determinação legal, a intenção do legislador é coibir toda a publicidade que seja considerada desleal em relação ao consumidor, posto que movida por uma atitude antiética. Este tipo de publicidade acaba por aproveitar-se da vulnerabilidade de senso de discernimento do consumi-

10. PASQUALOTO, A. op. cit., p. 120

dor, levando-o a optar por uma relação de consumo que lhe seja adversa, ou mesmo prejudicial. Como exemplo, podemos indicar as propagandas que agressivamente incitam o consumo a crianças, estimulam o tabagismo etc.

Assim, todos os tipos de publicidade que venham a abusar da violência como tema, a incentivar consumo, que explorem a credence, que estimulem a violência ou discriminação, prejudiquem o meio ambiente, ou mesmo induzam o consumidor a manter atitudes que lhe são perigosas ou prejudiciais à saúde, são consideradas abusivas pelo C.D.C., e merecem ser coibidas.

Mais uma vez, aqui, a preocupação do legislador não está voltada para a intenção ou subjetividade do ato. A propaganda abusiva é ilícito civil que obriga o fornecedor por sua veiculação, posto que seria ele o beneficiário do provável sucesso da campanha publicitária.

### 2.3 A prevenção e a reparação de danos patrimoniais e morais

O Código de Defesa do Consumidor se traduz por um conjunto de normas que visam fundamentalmente a proteger a parte hipossuficiente das relações de consumo: o consumidor. Por tal razão, já foi deveras criticado e denominado de “protecionista” ao consumidor.

Destarte, merece nossas reverências e louvores a elaboração de tais regras legais, das quais o Brasil se encontrava carente, em um mercado comercial cada dia mais voraz e competitivo, fazendo com que, na grande maioria das vezes, o consumidor fosse lesado e prejudicado, sem possuir qualquer meio de defesa legal adequado.

Por isso é que, até culturalmente, o C.D.C. não foi imediatamente aceito e aplicado em sua plenitude; na verdade, paulatinamente e com o esforço de incansáveis estudiosos e aplicadores do direito, suas regras vem alcançando maior efetividade prática.

A alicerçar e garantir o direito à proteção de integridade patrimonial e moral do consumido, temos além da proibição legal de publicidade enganosa e abusiva, um direito fundamental do consumidor assegurado textualmente no artigo 6º, inciso VI e VII, os quais assim se pronunciam:

“Artigo 6º: São direitos básicos do consumidor:  
[...].

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou a reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.”<sup>11</sup>

A ofensa que a publicidade abusiva causa, por exemplo, atinge uma co-

---

11. Artigo 6º, incisos VI e VII, Lei 8.078/90.

letividade e, portanto, a sua defesa também é de natureza coletiva. As Associações de Defesa do Consumidor, o Ministério Público Federal e Estadual têm a possibilidade de promover ações civis públicas para evitar ou mesmo coibir tais atitudes por parte dos fornecedores.

Resumidamente, podemos perceber que a proteção aos direitos do consumidor, contra danos de ordem patrimonial ou moral que o possam atingir, é preocupação que ocupa o legislador do C.D.C. desde a fase pré-contratual, quando o mesmo proíbe a veiculação de publicidade enganosa ou abusiva, que possa ocasionar relações de consumo distorcidas, como também surge tal proteção quando o legislador facilita ao consumidor o livre acesso à Justiça para a defesa de seus direitos, quer sejam estes de natureza individual, coletiva ou mesmo difusa, podendo, inclusive em algumas circunstâncias, conforme já especificado anteriormente, as próprias autoridades públicas tomarem atitudes a prevenir ou mesmo proporcionar a reparação dos danos materiais ou morais, porventura originários de uma relação de consumo.

### 3. O *leasing* financeiro face aos direitos do consumidor

Diante do explanado, será que podemos considerar o arrendatário que se dispõe a realizar um contrato de *leasing* financeiro como “consumidor”? É tecnicamente aplicável o conceito de consumidor, conforme previsto na Lei 8.078/90, às pessoas que buscam o contrato de *leasing* financeiro?

Tais questões assolam dúvidas quando observamos as formalidades legais que envolvem os contratos de *leasing*, bem como os conceitos e previsões contidas no C.D.C. Entretanto, o que se questiona é que, ao lado da ordem técnica legal desses contratos, bem como dos conceitos legais de consumidor, o mercado comercial em que as instituições que se dedicam à prática das atividades de *leasing* financeiro vêm atuando, é na grande maioria das vezes o mercado de consumo, atingindo especificamente o consumidor.

Por tal motivo, é crescente a aplicação judicial das regras do C.D.C. aos contratos de *leasing* financeiro, muito embora a contra gosto dos defensores do contrato.

Fundamentalmente, necessitamos distinguir em um primeiro momento os arrendatários pessoas físicas, daqueles que são pessoas jurídicas, e as consequências que as negociações podem gerar, a partir de tal premissa básica.

#### 3.1 O arrendatário (consumidor) pessoa física

A pessoa física, ou pessoa natural, conforme definida pelo legislador civil brasileiro, pode ser considerada consumidor ao entabular um contrato de *leasing* financeiro, ou é simplesmente um arrendatário que deve seguir inexoravelmente as regras do contrato que realizou?

Para que possamos responder a tal questionamento, é necessário em primeiro lugar que nos reportemos à situação legal do *leasing* financeiro para pessoas físicas, a qual, com o advento da Resolução 2.309/96, deixou de proceder qualquer restrição para que as mesmas viessem a praticar o contrato, deixando de ser exigido dessas pessoas o dever de utilizar o bem arrendado em

atividades específicas, como exigência para que pudessem contratar o leasing. A partir daquela ocasião, mesmo que seja para mero desfrute ou deleite, qualquer pessoa pode contratar o *leasing* financeiro para adquirir bens duráveis.

Além de tais circunstâncias, é necessário também que venhamos a identificar o que seria considerado uma relação de consumo para os efeitos técnicos previstos pelo legislador do C.D.C.

Segundo Neide de Fátima Aparecida Resende, a qual se baseia nas palavras do sábio professor José Geraldo Brito Filomeno, temos que a relação de consumo se configura

*“[...] quando envolve, de um lado, o adquirente de um produto ou serviço (consumidor), e, de outro, o fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço (produtor/fornecedor), objetivando a satisfação de uma necessidade privada deste último, o qual se arrisca a submeter-se ao poder e às condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços – por não dispor de qualquer controle sobre a produção ou prestação desses bens e serviços – e, nessa condição, passa a ser considerado parte vulnerável e hipossuficiente nessa relação.”<sup>12</sup>*

Diante dessas assertivas, podemos então compreender que o consumidor, em uma relação contratual de consumo, é a parte considerada mais fraca ou vulnerável, aquela que, no atual mundo dos contratos de adesão, não reúne sequer condições de discutir as cláusulas do contrato, e somente tem como opção aceitar ou não a contratação que lhe é oferecida em bloco.

O consumidor pessoa física seria, por conseqüência, aquele que em uma relação contratual busca a aquisição de bens como destinatário final da cadeia produtiva, ou seja, aquele que retira o bem de circulação para uso próprio, seja este uso trabalho, recreação, satisfação própria etc.

Tornemos agora aos contratos de *leasing* financeiro, onde a Resolução 2.309/96 extinguiu qualquer exigência para que as pessoas físicas se tornassem arrendatárias, o que possibilita, por exemplo, a aquisição de um iate de mera recreação para o usuário através deste contrato. Seria possível, ainda nestes casos, afirmar que os arrendatários não se equiparam ao consumidor para efeito de proteção contra abusos?

Certamente não, e em circunstâncias semelhantes podemos enquadrar perfeitamente o arrendatário pessoa física no conceito de consumidor, vez que ele é certamente o destinatário final do bem objeto do contrato, ele o retira de circulação, pondo fim à cadeia produtiva, merecendo amparo pelo Código de Defesa do Consumidor, principalmente em virtude de realizar contratações de adesão.

Somem-se a esse fato, as publicidades omissas das quais o consumidor é alvo todos os dias, já que, principalmente na área da comercialização de veículos, temos oferta de bens via canais de televisão, que levam o consumidor a buscar a aquisição do “carro 0 Km”, desconhecendo na maioria das vezes qual a modalidade contratual que está assumindo – *leasing*.

Estudiosos do tema leasing financeiro, como é o caso de Neide Aparecida

12. RESENDE, N. A. F., *O “leasing” financeiro no Código de Defesa do Consumidor*. 2001.

de Fátima Resende, entendem que não é possível se aplicar as normas consumeristas nos casos em que as pessoas físicas forem utilizar-se dos bens para uma atividade econômica:

*“Por outro lado, não incidem as normas consumeristas nos contratos de leasing entabulados por pessoas físicas nos quais os bens, objeto do contrato, são destinados ao desenvolvimento de sua atividade econômica, por exemplo, o veículo destinado ao transporte de escolares ou aluguel (táxi), os equipamentos de um gabinete dentário, o trator destinado à exploração de uma fazenda, ou o refrigerador utilizado por um comerciante individual, no armazenamento de congelados, pois, nessas hipóteses, as pessoas físicas que detêm a posse desses bens não se enquadram no conceito de consumidor final (art. 2º, da Lei n. 8.078/90), já que deles se utilizam como instrumentos na produção de serviços (transportes de escolares ou de pessoas, mediante remuneração; serviços odontológicos) ou novos bens de consumo (preparo da terra para exploração agrícola, venda de congelados), constituindo-os, pois, em bens de produção ou indiretos.”*<sup>13</sup>

Entretanto, ousa-se nesta oportunidade discordar do ponto de argumentação adotado pela insigne mestra, fundamentando nossas argumentações na tendência maximalista de interpretação do conceito de consumidor, para a finalidade de se aplicar tal corrente de pensamento também aos contratos de leasing financeiro, quando estes forem empreendidos por profissionais liberais que adquirem bens para exercício de sua profissão ou mesmo o comerciante individual, nas mesmas condições, em circunstâncias especiais, as quais se explicam a seguir.

Segundo essa teoria, que já se explicitou no início do presente trabalho, quer nos parecer ser razoável a extensão da aplicação das regras do C.D.C., mesmo quando os bens adquiridos pelo consumidor se destinem ao desenvolvimento de sua atividade econômica em alguns casos especiais e específicos, mesmo porque em determinadas ocasiões não é possível ater-se somente à técnica legal, mas é necessário se observar o alcance social da lei, para aplicá-la com justiça.

Justifica-se tal opinião quando, por exemplo, uma pessoa física que, gozando de pouca instrução e estando desempregada, resolve “comprar” um veículo para realizar transporte de escolares, a fim de prover sua própria subsistência e, ao realizar tal “aquisição”, tenha na verdade concretizado junto à empresa arrendadora um contrato de leasing financeiro. Perdoem-nos as posições técnicas em sentido adverso, mas seria uma incoerência tratar-se esse cidadão somente em face da técnica legal, desamparando-o pela não observação das normas consumeristas em seu contrato. Em casos semelhantes, que nos parecer, seria necessária uma cautela maior ao se realizar, caso seja necessário, a interpretação sobre “destinatário final” idealizada pelo legislador do C.D.C., mesmo porque na maioria dos casos o consumidor sequer reunia condições de conhecer tecnicamente o contrato que estava realizando: ele imaginava estar

13. MARQUES, op. cit., p. 108.

“comprando” um bem durável a prazo e esta não é a realidade do *leasing*.

Salvo melhor juízo em contrário, o judiciário, quando chamando a pronunciar-se em situações semelhantes, deve estar imbuído de um bom senso ímpar para interpretar “caso a caso”, com suas peculiaridades, a fim de não cometer injustiças, ampliando ou restringindo a interpretação de consumidor, quando necessário, e recordando que na análise dos contratos o intérprete deve ater-se não somente ao texto técnico, mas também à intenção que orientava as partes ao realizar tal contratação.

Em resumo, e diante das orientações seguidas, pode-se dizer que sobre os contratos de *leasing* financeiros realizados por pessoas físicas, quando destinatárias finais do bem, incidem regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, já que as pessoas físicas como destinatárias finais dos bens objetos de tais contratos se enquadram na conceituação legal de consumidor inserta no artigo 2º da Lei 8.078/90.

#### 4. À guisa de conclusão

Atualmente, embora as empresas de leasing continuem persistindo em bradar um discurso de que os contratos de *leasing* no Brasil são instrumentos severos e rígidos, sob os quais não incidiriam as regras da Lei 8.078/90, a realidade de interpretação apresentada por nossos Tribunais vem demonstrando o contrário.

Na doutrina, são escassos os autores que discorrem sobre o assunto e se dedicam a estudar tais questões; entretanto, em nossos Tribunais esse ponto de vista vem se consolidando.

Destarte, quer seja pela aplicação das regras contidas no C.D.C. em benefício do arrendatário, quer pelas regras gerais da proibição do enriquecimento sem causa aplicável, em casos em que as normas do CDC não possam ser aplicadas, o arrendatário não está desamparado e poderá buscar a tutela do judiciário, já que princípios contratuais fundamentais, como o “princípio da boa fé”, entre outros, devem orientar sempre quaisquer tipos de contratações civis e comerciais.

Assim, embora em algumas situações o arrendatário tenha um caminho mais árduo a percorrer, para atingir seus objetivos de ver, por exemplo, uma cláusula abusiva ou leonina alterada ou anulada, ele pode e deve buscar o amparo do poder judiciário para solucionar o problema.

Ao ser clamado a manifestar-se sobre divergências e distorções nos contratos de leasing financeiro, o judiciário não pode quedar-se inerte. Na realidade, no Universo Jurídico brasileiro, onde a doutrina ainda não se posicionou definitivamente sobre o assunto, vêm nossos Tribunais desempenhando pioneira tarefa interpretativa sobre a problemática questão, tendo sido desbravadores em aceitar e aplicar as regras do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de leasing, agindo deste modo para restabelecer o equilíbrio contratual e distribuir a almejada Justiça.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CABANA, R. M. L. *La contratación em la Ley de Defensa Del Consumidor*. Revista dos Tribunais, n 727. São Paulo, maio, 1996, p. 11-16
- GRINOVER, A. P. et al. *Código de defesa do consumidor: comentado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Vol. I
- PASQUALOTTO, A. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. Vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- RESENDE, N. A. F. *O leasing financeiro no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001.



# PENA DE MORTE: ARGUMENTOS AO SEU DESFAVOR

César Augusto MICHELI \*

## RESUMO

Neste artigo será traçado um esboço histórico sobre a pena de morte, delineando-se qual era o pensamento das civilizações antigas acerca do tema. Em seguida será demonstrado como foi o desenvolvimento da idéia da pena de morte nas Constituições Brasileiras até a atualidade, quando poderemos verificar se houve um avanço ou retrocesso nas cartas Políticas brasileiras no decorrer de toda a história.

**Palavras-chave:** Pena de morte, direitos humanos, constituição brasileira.

## SUMMARY

This study treats about a historical panorama about the death penalty, describing which thought the ancient civilizations had about the issue. Following, it will be demonstrated how was the development of the death penalty idea in the Brazilian Constitutions until today, when we will be able to check out if there was an advance or retrocession on the Political Brazilian Letters during the whole history.

**Key words:** Death penalty; human beings' rights; Brazilian Constitution.

## 1. Introdução

*“No dia 18.01.1971, por volta do meio-dia, dois faxineiros do edificio situado à Rua Paula Freitas, 78, em Copacabana, de nome Antônio Bernardo de Jesus e Antônio Meirelles da Silva, ambos paraibanos, penetraram no apto. 806 e, valendo-se da ausência dos donos da casa, tentaram submeter aos seus apetites sexuais a empregada Ivone Maria Pereira, de 18 anos, virgem. A moça resistiu aos dois, que contrariados aos seus desejos, torturaram-na a fogo e a fúca, durante três horas, até a morte. A perícia constatou que Ivone, além das queimaduras recebidas, havia sido esfaqueada 102 vezes.*”

---

\* 1. Mestrando em Direito Privado pela FEESR - Marília.SP

2. Professor de Direito Comercial da UNIMAR - Marília.SP

*Meses antes – exatamente no dia 11.02.1970, o traficante de maconha Aluísio dos Santos, morador no Morro da Providência, após tentar assassinar a companheira, Sonia Maria Guimarães, que fugiu espavorida, apanhou os dois filhos do casal – Alice, de 6 meses de idade e Luiz Carlos, de um ano e meio e, colocando a primeira dentro de uma bacia de alumínio e amarrando o segundo junto a uma estaca de madeira, deixou os dois sob o sol inclemente, no quintal do seu barraco, de 8 às 14 horas, enquanto mantinha à distância os vizinhos, com um revólver 38 à mão. Quando a polícia chegou e conseguiu prender Aluísio, encontrou Alice morta, na bacia, e Luiz Carlos em estado desesperador.”<sup>1</sup>*

## Devemos ser favoráveis ou contrários a pena de morte?

No presente artigo, será traçado inicialmente um esboço histórico sobre a pena de morte, delineando-se qual era o pensamento das civilizações antigas acerca do tema, e uma visão atual sobre a questão, no Brasil. Procurar-se-á trazer ainda algumas estatísticas mundiais sobre a pena de morte, para que possamos estabelecer comparações desde as sociedades antigas até hodiernamente; em seguida, será demonstrado como foi o desenvolvimento da idéia da pena de morte nas Constituições Brasileiras no decorrer de toda sua história, até a Constituição Federal atual, poderemos verificar se houve um avanço ou retrocesso nas Cartas Políticas brasileiras no decorrer de toda sua história.

Em seguida, buscar-se-á traçar um paralelo entre a pena de morte e os direitos humanos, com o intuito de demonstrar qual é a posição atual dos chamados direitos humanos em relação à pena de morte, através da manifestação de seus tratados, convenções e protocolos.

Nessa linha de raciocínio, traremos alguns, dentre inúmeros, argumentos filosóficos, contrários à pena de morte, não tendo nenhuma preocupação em demonstrar qualquer argumento dito “popular”, sem qualquer fundamento, pois tais argumentos não interessam ao estudo ora proposto, sendo que nesse tópico o intuito será demonstrar, através de algumas bases filosóficas, argumentos férteis contrários à pena capital.

## 2. Breve esboço histórico

A pena de morte, cujo termo se origina do latim *poena capitis*, desde o início de nossa civilização era considerada uma pena natural e legítima, pois era aceita sem jamais constituir um problema, sendo que durante séculos e séculos não se discutiu se era ou não justo ou mesmo lícito condenar alguém à morte e, como bem demonstrado por Norberto Bobbio (1992) <sup>2</sup>, chega-se à conclusão de que o debate sobre a questão da pena de morte ainda mal começou.

---

1. Conferência pronunciada no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 14.07.1971.

2. BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

No início da civilização, a sociedade exercia amplamente o direito de matar, pois a pena capital era aplicada a todo tipo de crimes, de forma cruel e impiedosa, não se cogitando qualquer possibilidade de se conseguir a regeneração do criminoso e sua reintegração ao meio social, pois, nessa época, o objetivo da pena de morte era mais de flagelar do que eliminar, sendo que hodiernamente o objetivo é exclusivamente eliminar.

Na Roma Antiga, vários eram os meios de execução, dentre eles a “cruificação”, que inicialmente era reservada aos escravos e posteriormente se estendeu às demais pessoas; o “culeus”, onde o condenado, após açoitado, era colocado em um saco de couro, juntamente com uma serpente e demais animais e lançado às águas; “fogueira”, na qual o condenado era cravado a um poste cercado de lenha e se ateava fogo; “decapitação”, na qual o réu, após ser amarrado a um poste e açoitado, era estendido sobre a terra e decapitado a espada ou machado; “condenação às feras”, onde o condenado era lançado para os animais; dentre outras mais.

Ainda na Antigüidade, os Germanos enforcavam os traidores e desertores e afogavam em pântanos os covardes e os homossexuais.

Na Idade Média, as execuções consistiam em penas de enforcamento, decapitação, esquartejamento, lançamento em caldeiras de azeite fervente, morte por imersão, pela qual o condenado, com seus pés e mãos amarrados e com blocos de pedras atados ao corpo, era costurado dentro de um saco e jogado às águas; empalação, na qual o réu morria com uma lança enfiada no ânus; pena de sepultamento com vida etc.

Para aqueles que atentassem contra a vida dos monarcas, a pena consistia em açoites diários, beber vinagre com argamassa, arrancamento de tiras da pele das costas, arrancamento de um olho, mutilação do nariz, amputação das mãos, depois dos pés, em seguida do órgão viril e, finalmente, despedaçamento do corpo.

Na Inglaterra, o condenado era arrastado ao patíbulo e seus intestinos arrancados, sua cabeça era cortada, seu corpo feito em pedaços, e tudo era exposto onde o rei ordenasse.

No Brasil, em 1792, o Código Penal brasileiro era representado pelas Ordenações Filipinas, que estabeleciam vários tipos de pena de morte, sendo que Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, por pretender a liberdade para sua pátria, foi enforcado e esquartejado, e seus restos mortais salgados e pendurados.

Como já dito, atualmente a pena de morte tem por objetivo não mais a flagelação, mas, sim, a eliminação, sendo que nos Estados Unidos da América, a “eletrocussão” é a pena de morte mais utilizada e, para alguns especialistas, não constitui método eficiente para matar, pois pessoas eletrocutadas teriam sido reanimadas através de respiração artificial.

Outro método utilizado nos Estados Unidos é a “morte pelo gás”, que, segundo declarações de um diretor de uma prisão americana que assistiu a inúmeras execuções, esse método é mais desumano que a força.

Vários são os países que ainda mantêm instituída a pena de morte, sendo que: “47 países a aboliram, quaisquer que sejam os crimes. 16 países a

aboliram unicamente para os crimes de direito comum e a mantiveram para os crimes excepcionais, como a traição em tempo de guerra. A China é o país que mais procede anualmente em número de execuções: 4.357 em 1996. Na Birmânia, as crianças com mais de 7 anos podem ser enforcadas, salvo se o Juiz declarar que elas ainda não têm maturidade. A Swazilândia prevê a força por “possessão de carne humana”. Os EUA são a única nação onde cinco modalidades legais de execução estão em vigor: eletrocuição, câmara de gás, enforcamento, fuzilamento e injeção letal. Atualmente, 3.364 condenados, sendo 48 mulheres, estão aguardando a execução”.<sup>3</sup>

Finalizando o presente esboço histórico, traremos algumas estatísticas que, no decorrer da história de alguns países que tinham ou ainda possuem instituída a pena de morte, demonstram a ineficácia da aplicação da pena capital quanto à prevenção dos crimes:

*“No Canadá, um ano antes da abolição da pena de morte, em 1976, a taxa de assassinatos era de 3,09 para cada 100.000 habitantes; em 1983, havia caído para 2,74/100.000. Nos EUA, pesquisas de 1983 demonstraram que, nos estados que adotavam a pena de morte, as taxas de homicídios eram maiores que nos estados abolicionistas. A Flórida teve, de 76 a 78, uma das mais baixas taxas de homicídios da sua história. Em 1979, com a reintrodução da pena, essas taxas aumentaram brutalmente, havendo uma elevação de 28% em 1980; em 1984, os índices ainda eram superiores aos do período em que não ocorreram execuções. Na Geórgia deu-se o mesmo, pois no ano que se seguiu à retomada das execuções houve um aumento dos homicídios em 20%. Em 1990, oito das 20 maiores cidades do país quebraram seus recordes de criminalidade, entre elas Washington, Dallas e Nova Iorque. Nos últimos 30 anos, dezenas de pesquisadores analisaram tais estatísticas para tentar descobrir se a pena de morte reduz a criminalidade. Revisando esses estudos, a Suprema Corte Norte-Americana não pôde concluir que a pena capital previna o crime violento.”<sup>4</sup>*

### 3. A pena de morte nas Constituições brasileiras

#### 3.1 A Constituição do Império e a pena de morte

A primeira Constituição da história brasileira, ainda à época do império, outorgada por Dom Pedro I e promulgada em 25/03/1824, foi feita sob a influência das idéias liberais, devido a Revolução Francesa e ao Iluminismo, e prova desse liberalismo marcante é o rol dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros constantes no artigo 179 de referida Carta.

Dentre os vários direitos políticos constantes nessa Carta, à primeira vista dava-se à impressão de estar abolida a pena de morte, pois assim vinha disposto no item 19: “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”; entretanto, naquela época enten-

3. *Jornal Diário de Marília*, 01.11.2000.

4. *Revista Jurídica* n. 218, Dez. 1995, p. 34.

deu-se que referido dispositivo constitucional não abrangia a pena de morte, tanto que a própria legislação ordinária consagrava-a.

Na época do Império, a pena de morte não era aplicada a crimes políticos, a execução era proibida em véspera de dia santo, domingo ou feriado nacional e, para a condenação à morte era necessária a unanimidade dos votos dos jurados, e, ainda, homens notáveis e esclarecidos da época não vislumbra-ram qualquer inconstitucionalidade no fato de a legislação ordinária prever a pena de morte, ao passo que a Carta do Império a proibia.

### **3.2 A Constituição de 1891 e a pena de morte**

Com o fim do Império, e a Proclamação da República, em 15/11/1889, foi convocada a Constituinte, em 1890, culminando, em 24/02/1891, com a primeira Constituição Republicana, cuja formação foi orientada por Rui Barbosa.

Referida Constituição dispôs expressamente sobre a abolição da pena de morte, ficando esta sob a égide das seguintes regras: estava abolida, como regra geral; excepcionalmente, em tempo de guerra, poderia ser aplicada; essa guerra deveria ser com país estrangeiro; jamais a pena máxima seria aplicada aos crimes comuns ; a execução seria por fuzilamento.

### **3.3 A Constituição de 1934 e a pena de morte**

A Constituição promulgada em 16/07/1934 consistiu na segunda Constituição Republicana e na terceira Constituição brasileira, e, mantendo-se como forma de governo a República.

Referida Carta assegurou os direitos públicos subjetivos, tais como: inviolabilidade de domicílio; legalidade da prisão; da fiança; a amplitude de defesa; a proibição dos foros privilegiados e dos tribunais de exceção; do juiz natural; da irretroatividade da lei, a não ser para beneficiar o réu; dentre inúmeros outros direitos.

Na Constituição de 1934, ficou proibida a pena de morte, ressalvadas as disposições militares, em tempo de guerra com país estrangeiro.

### **3.4 A Constituição de 1937 e a pena de morte**

A Constituição outorgada em 10.11.1937 voltou a impor a pena de morte, desmontando assim a tradição republicana, que repudiava a pena capital, sendo que a mesma passou a ser prevista além dos casos constantes na legislação militar em tempo de guerra, dentre outros, nos seguintes crimes: “tentar submeter o território da Nação, ou parte dele, à soberania de Estado estrangeiro; de tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito a sua soberania; de homicídio cometido por meio fútil e com extremos de perversidade” etc.

Dessa forma, a Constituição de 1937 previu a pena capital especialmente nos crimes contra a segurança e soberania nacional, devendo ser ressaltado que, embora referida pena fosse constitucionalmente prevista, não houve nenhuma execução de pena de morte.

### **3.5 A Constituição de 1946 e a pena de morte**

A Constituição brasileira, promulgada em 18/07/1946, constituiu-se como a quarta Carta Republicana e a quinta Constituição brasileira.

Referida Carta tomou como paradigma para sua formação o modelo da Constituição de 1934, e dedicou todo um capítulo aos direitos e garantias individuais, elencados em seu artigo 141, § 31, a proibição da pena de morte, tendo como exceção apenas os casos reservados à legislação militar enquanto o Brasil estivesse empenhado em guerra com país estrangeiro, restabelecendo-se, desta forma, a tradição republicana.

### **3.6 A Constituição de 1967 e a pena de morte**

A Constituição promulgada em 24/01/1967, no que tange à pena de morte, praticamente manteve os mesmos preceitos da Constituição anterior, pois, em seu artigo 150, § 11, assim dispunha: “Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa” etc.

### **3.7 O Ato Institucional nº 14; a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 e a pena de morte.**

A Sétima Constituição da República Federativa do Brasil, ou Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/1969, declarou inicialmente não haver pena de morte, entretanto, em decorrência do Ato Institucional nº 14, ficaram definidos os crimes contra a segurança e soberania nacional e a ordem política e social, dispondo ainda que, em inúmeros casos, seria aplicada a pena capital.

Contudo, na prática não ocorreu a efetivação da pena de morte em nenhum caso.

### **3.8 A atual Constituição Federal de 1988 e a pena de morte**

Em 05.10.1988, foi promulgada a oitava Constituição brasileira, tornando-se um marco histórico para nosso país, pois o Brasil firmou-se como um Estado de Direito ou Estado Democrático, constituindo-se assim uma nova época do direito constitucional brasileiro.

No que tange especificamente à pena de morte, a Carta Magna de 1988 a aboliu, por incrível que possa parecer, apenas em parte, pois vem disposto em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, a proibição quanto à pena de morte, e ao mesmo tempo traz a exceção, que possibilita a aplicação da pena

capital em caso de guerra declarada, cujos limites se encontram delimitados no artigo 84, inciso XIX.

Ainda no artigo 5º, caput, da Carta Política em análise, vem disposta e garantida a inviolabilidade do direito à vida, de forma irrestrita, sendo que referido dispositivo certamente constitui o maior impedimento para a instituição da pena de morte no Brasil.

Necessário ressaltar que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, várias são as tentativas para se instituir a pena de morte no Brasil, através de emendas à Constituição, nos crimes de roubo, seqüestro, estupro, crimes hediondos, seguidos de morte, dentre outros.

#### 4. A pena de morte e os direitos humanos

Como o tema aqui proposto diz respeito à pena de morte, não poderia prescindir de algumas, mas sobejamente sabidas indispensáveis considerações acerca do tema, correlacionando-o com os direitos humanos, pois não há como se falar daquela, sem indagar-se este.

Necessário inicialmente frisar que, embora sejam apedrejados por várias pessoas ligadas ao meio jurídico, alguns filósofos, por uma parte da mídia e por grande parte da sociedade como um todo, dentre inúmeros outros segmentos, os direitos humanos nunca estiveram tão latentes e atuantes em todo o mundo como hoje, e principalmente no Brasil, em que a violência se encontra nas ruas e inúmeras são suas conseqüências, como o absurdo clamor para a institucionalização da pena de morte em nosso país.

Daí tem-se que é neste complexo panorama que os direitos humanos vêm agindo, através de suas declarações, pactos e convenções, que serão objeto deste estudo e que passam a ser analisados.

Em 1998, a Declaração Universal dos Direitos Humanos comemorou seu cinquentenário, sofreu influência iluminista, aflorando como sua fonte mais patente a Declaração Francesa de 1789, constituindo-se, portanto, como um documento novo, que tem como seus destinatários todas as pessoas de todos os Estados, e até mesmo os que não são seus signatários, sendo que foi com referida Declaração que os Direitos Humanos e seu discurso passaram a agir de forma mais atuante e eficaz, reconhecendo primordialmente a dignidade da pessoa humana.

Curioso saber é que os Direitos Humanos, no que tange as suas normas, tiveram início no século XIX, com o intuito de reger o tratamento que seria dado às vítimas nos conflitos armados, à proteção que seria dada aos militares em época de guerra e ao auxílio às populações civis.

Necessário observar que os Direitos insculpidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos não se confundem com os direitos naturais que, para os jusnaturalistas, tratam-se de direitos inerentes aos seres humanos, pois segundo Celso Lafer, “não são um dado, externo a polis; são um construído, uma invenção ligada à organização da comunidade política”.<sup>5</sup>

5. LAFER, C. R. *A Reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 134.



Quanto à pena de morte, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é contra tal aberração, pois, em seu artigo 3º, defende a vida, e assim dispõe: “Artigo 3º - Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Podemos citar ainda, no campo dos direitos humanos, outro importante “instrumento” de combate à pena de morte, qual seja O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia das Nações Unidas, em 19/12/1966, entrando em vigor em 1976 e, no Brasil, o Congresso Nacional o aprovou através do Decreto Legislativo nº 226, de 12/12/1991, depositando sua Carta de Adesão na Secretaria Geral da ONU em 24/01/1992, entrando em vigor em 24 de abril do mesmo ano, sendo o Brasil, portanto, seu signatário.

No estudo em questão, ou seja, no que tange especificamente à pena de morte, referido Pacto, em seu artigo 6º defende a vida, estando ali asseverado que o direito à vida é inerente à pessoa humana, sendo que tal direito deverá ser protegido por lei, ninguém podendo ser arbitrariamente privado de sua vida.

Assim, está-se diante do mais sagrado dos direitos do ser humano, que é consagrado de forma cristalina em nossa Constituição Federal de 1988, em seu já citado artigo 5º, *caput*.

Tem-se ainda a Convenção Americana de Direitos Humanos pois após a Segunda Grande Guerra, face às terríveis atrocidades cometidas, toda a comunidade internacional reconheceu a necessidade de se solidificar o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, sendo que tal Convenção foi aprovada em 22/11/1969, mais conhecida como o Pacto de San José da Costa Rica.

O Brasil ratificou sua adesão ao Pacto, aprovando seu texto em 25/09/1992, por Decreto Legislativo, depositando a sua Carta de Adesão, em 06/11/1992, através do Decreto nº 678, de 06/11/1992.

Imperioso esclarecer que o Pacto de San José da Costa Rica difere da Declaração Universal dos Direitos do Homem, pois, como ensina Alexandre de Moraes sobre referido Pacto, “não traz somente normas de caráter material, prevendo órgãos competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-parte. Esses órgãos são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”.<sup>6</sup>

O Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 4º, externa toda sua repulsa em relação à pena de morte, estando disposto que toda pessoa tem direito ao respeito à vida desde a concepção e, nos países em que houver a aplicação da pena de morte, esta deverá ser imposta aos delitos graves, após sentença condenatória proclamada por tribunal competente e de conformidade com a lei, não podendo ser restabelecida nos Estados que a aboliram.

---

6. MORAES, A. de. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 38-39.



Ainda continua disposto em citado artigo que não poderá haver pena de morte aos delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos e não se deverá impor a pena à pessoa que, no momento do delito, for menor de dezoito anos, ao maior de setenta e à mulher grávida.

Destarte, a nossa Carta Magna de 1988 fez prevalecer os direitos humanos, assegurando a vida, consoante o disposto no já citado artigo 5º.

## 5. Argumentos filosóficos desfavoráveis à instituição da pena de morte

Pode-se afirmar, como assim advogam os filósofos, que a pena de morte, além de ser uma questão política, trata-se também de uma questão primordialmente filosófica e jurídica.

É questão jurídica, pois a vida humana como sendo o maior direito do homem é o principal objeto de proteção não só da lei penal, como também em nível Constitucional.

É também questão filosófica, e aqui será este o objeto de estudo, pois a vida envolve a análise imprescindível de uma filosofia de valores, sendo que a vida e a morte ganham valorações mediante conceitos filosóficos.

Inúmeros são os jusfilósofos que são favoráveis à implantação da pena de morte e a defendem de forma fervorosa, através de suas idéias e pensamentos e, muitas vezes, também influenciados por outros filósofos; entretanto, este estudo trará apenas às idéias de alguns filósofos que julgamos de maior expressão e que são contrários à pena de morte.

Como bem observado pelo incomparável jusfilósofo italiano, Norberto Bobbio, durante o curso da história humana, a pena de morte durante longo tempo sequer foi questionada se era justa ou não, se era lícita ou não, sendo até mesmo encarada pelas civilizações antigas como sendo uma coisa natural, legítima. Um bom exemplo que retrata tal pensamento é dado por Platão, que, em seu Livro IX, dedica algumas páginas no que tange ao problema das leis ligado à pena de morte, discursando que “a pena deve ter a finalidade de tornar melhor”, e ainda continua: “se demonstrar que o delinqüente é incurável, a morte será para ele o menor dos males”.<sup>7</sup>

Como já mencionado neste estudo, o debate sobre a pena de morte somente ganhou dimensão na chegada do Iluminismo, sendo que a primeira obra que buscou enfrentar o problema da pena de morte, tangenciando de forma contrária a um pensamento secular favorável à pena de morte, foi a obra escrita por Cesare Beccaria, editada em 1764, denominada “*Dei Delitti e delle Pene*” – “Dos delitos e das penas”, obra esta que abarca a filosofia francesa ligada à legislação penal da época.

O primeiro argumento utilizado por Beccaria contra a pena de morte diz respeito à função intimidatória da pena, o que para ele consiste na função

---

7. PLATÃO, *As Leis*, 854 e.

exclusiva da pena, e assim afirma: “A finalidade (da pena) não é senão impedir o réu de causar novos danos aos seus concidadãos e demover os demais de fazerem o mesmo”.<sup>8</sup>

Beccaria aduz um princípio contrário à pena de morte, sendo que para ele a crueldade das penas não constitui meio eficaz para sua limitação, mas, sim, a infalibilidade delas, onde não é necessário que as penas sejam cruéis para serem intimidatórias, basta que sejam certas.

Outro princípio introduzido por Beccaria contra a pena capital é o de que, para que haja intimidação é necessário que a pena seja extensa e não intensa, sendo ainda que a perda perpétua da liberdade é mais intimidadora do que a pena de morte, sendo que tais argumentos beccarianos constituem-se como utilitaristas, pois tratam da verdadeira utilidade da pena, caracterizando-se como verdadeiros abolicionistas da pena de morte.

Nessa época surge ainda um dos maiores defensores da abolição da pena de morte, Robespierre, que dentre alguns argumentos contrários à pena de morte, citou o problema, já àquela época, da irreversibilidade dos erros judiciários.

Para Norberto Bobbio (1992), outro argumento contra a pena de morte é o fato de o Estado ser ilimitadamente mais forte e poderoso que o indivíduo, não tendo assim a necessidade de tirar a vida do indivíduo para se defender, mas, para Bobbio, embora existam inúmeros argumentos contrários à pena capital, para ele existe uma única razão, qual seja, o mandamento de não matar.

Ainda para Beccaria (1997), a pena de morte, embora cause uma forte impressão, é logo esquecida, não cumprindo portanto sua função intimidadora.

Para Norberto Bobbio (1992), a pena de morte vem passando por um período gradual de deslegitimação, devido, dentre outros fatores, à restrição cada vez maior dos crimes cuja pena de morte é obrigatória, pois nem mesmo em todos os Estados em que a pena de morte é admitida ela é aplicada.

Inúmeros são outros argumentos de ordem filosófica, contrários à pena de morte entretanto, como já dito na introdução do presente estudo, o trabalho possui como escopo vislumbrar algumas noções filosóficas desfavoráveis à pena de morte, para que se tenha conhecimento de argumentos não somente ditos “populares”, mas, sim, argumentos sustentados em teorias e idéias já de há muito tempo atrás.

## 6. Conclusões

Pelo presente estudo ora desenvolvido, buscou-se alcançar o objetivo de informar o leitor acerca da pena de morte, principalmente no que tange aos argumentos que são desfavoráveis à sua institucionalização.

Pode-se afirmar que inúmeros são os argumentos desfavoráveis à pena de morte, consoante se procurou aqui demonstrar, todavia, embora não tenha

8. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*.

sido objeto de estudo, no presente escrito, também são inúmeros os argumentos favoráveis à pena de morte, e que tal discussão sempre aflora, criando uma verdadeira celeuma de idéias e teorias.

Conclui-se ainda que existe o chamado clamor ou sentimento popular que, se encontra em desacordo com a opinião dos doutos, pois, na grande maioria das vezes, e é o que se vê no Brasil principalmente, a sociedade é levada através da mídia a advogar a favor da pena de morte, em virtude das bárbaras notícias do dia a dia.

Entretanto, não podemos nos deixar levar pelo sentimento da massa popular, que clama pela pena de morte sem ter qualquer embasamento teórico, político, jurídico ou mesmo filosófico, que certamente construiria uma base sólida para o discurso sobre a pena de morte.

Por derradeiro, a maior conclusão a que podemos chegar, visto tudo o que aqui foi exposto, é a de que devemos cada vez mais, durante nossa vida, dissipar a idéia contrária à pena de morte, sendo que, no início deste estudo, na Introdução, foram descritos dois fatos verídicos e feita a seguinte pergunta: devemos ser favoráveis ou contrários a pena de morte? – e, para respondê-la, invocaremos a observação feita por Leon Tolstoi, após assistir a uma execução, em Paris: “Quando vi separar-se do tronco a cabeça do condenado, caída com sinistro ruído no cesto, compreendi, e não com a razão, mas com todo meu ser, que nenhuma teoria pode justificar tal ato”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA, B. A. *O direito de viver e a pena de morte*. São Paulo: Julex Livros, 1985.
- BARRETO, A.D. Pena de morte e direitos humanos. *Justitia*, 45 (120): 215-217, jan/mar, 1983.
- BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. Cretella Júnior e Agnes Cretella, São Paulo: RT, 1997.
- BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- LAFER, C. *A Reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 134.
- MORAES, A. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997.
- NOGUEIRA, P. L. *Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência, linchamento*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- RAMALHO, C. C. *Pena de Morte*. Rio de Janeiro, n. 218, dez. 1995, p. 34
- RIBEIRO, S. N. *Crimes passionais e outros temas*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- TUCUNDUVA, R. C. M. A pena de morte nas Constituições do Brasil. *Justitia*, 38(93):31-42,jul/set.1976.



# PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E SUA LEGITIMIDADE: O CONSENSO E A DEMOCRACIA COMO ELEMENTOS INSUFICIENTES À CARACTERIZAÇÃO DE UM EXERCÍCIO LEGÍTIMO DESTE PODER

Eduardo Mombrum de CARVALHO \*

## RESUMO

A questão que trata este artigo é a relação de obediência entre governantes, que se instaura na manifestação do poder constituinte, já que ele criará a base de todo o ordenamento jurídico estatal e como subproduto mediato às novas correntes.

**Palavras-chave:** Legitimidade, legalidade, democracia, poder constituinte, poder político.

## SUMMARY

The main topic of this article is the relation of obedience among governors, which sets up in the manifestation of the constituent power that will create the basis of all the state-owned legal ordering and as a by-product mediated to the new thoughts.

**Key words:** Legitimacy; legality; democracy; constituent power; political power.

## 1. Introdução

O poder constituinte como poder criador da Constituição traça a organização estatal na esteira de sua manifestação, que gera um grupo de poderes e atribuições apoiados no ordenamento jurídico do Estado.

A questão de que trata este artigo é a relação de obediência entre governantes e governados, que se instaura na manifestação do poder constituinte, já que ele criará a base de todo o ordenamento jurídico estatal e como subproduto mediato às normas decorrentes.

\*1.Mestrando em Direito das Relações Públicas pela UNIMAR - Marília.SP.

2.Professor de Direito Constitucional da UNIMAR - Marília.SP.

É de suma importância saber se o poder constituinte deve ou não guardar intrinsecamente uma legitimidade, que caracterizará essa relação política. Assim, o exercício do poder constituinte deve se dar dentro de certas condições que exijam uma manifestação legítima por parte desse poder? Existem certos “requisitos” a serem preenchidos, para que se tenha um exercício legítimo do poder fundacional?

Antes de responder à questão, procurar-se-á explicitar uma noção a respeito das teorias sobre a legitimidade.

## 2. Legitimidade

Inicialmente, não se poderia falar em legitimidade sem fazer referência ao pensamento de Max Weber. Para ele, a obediência a uma dominação pode decorrer de elementos como o *costume*, o *afeto*, a *razão* ou o *interesse material*.

Apesar disso, Max Weber entende que somente essas motivações não são necessárias para fundamentar uma relação de dominação e assim diz: “Normalmente, junta-se a esses fatores outro elemento, a crença na *legitimidade*.”<sup>1</sup>

Conforme esse autor, a experiência ensina que qualquer dominação procura obter a crença de que ela é legítima, como forma de garantia daquela, que se processa em graus diferentes de intensidade e de legitimidade.

Max Weber contenta-se com uma noção de legitimidade *provável*, como a *possibilidade* de ser reconhecida e assim tratada como legítima determinada dominação, pois nem sempre essa obediência provém dessa crença.

Para identificar-se uma dominação, ele assim diz: “O decisivo é que a própria *pretensão* de legitimidade, por sua *natureza*, seja ‘válida’ em grau relevante, consolide sua existência e determine, entre outros fatores, a natureza dos meios de dominação escolhidos”.<sup>2</sup>

Max Weber afirma que há três tipos “puros” de dominações, cuja legitimidade pode ser:

“1. [...] de caráter racional: baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal), ou

2. de caráter tradicional: baseada na crença cotidiana da santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições representam a autoridade (dominação tradicional), ou, por fim,

3. de caráter carismático: baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas (dominação carismática)”.<sup>3</sup>

---

1. WEBBER, M. *Economia e Sociedade*, p. 139.

2. Idem, *ibidem*, p. 140.

3. WEBER, Max, *op. cit.*, p. 141.

A respeito de legitimidade, Hermann Heller assim diz:

*“Como acontece com toda a realidade social, o que interessa na conduta constitutiva do poder do Estado que os súditos seguem, não é só o seu valor de consciência moral, mas além disso o seu valor de ação política. Evidentemente que a aceitação é tanto maior e tanto mais reduzida a coação e tanto mais forte o poder de conjunto quanto mais firme for a crença na legitimidade do direito formador de poder.”*<sup>4</sup>

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a submissão ao poder, o que Weber chama de dominação, a maioria das vezes não advém da força ou de outro fator, mas da crença na legitimidade desse poder. Legitimidade seria a adequação do poder nos moldes de sua atribuição, modo de exercício e limites a serem mantidos, vigentes em uma sociedade. Afirma, então: “Essa crença se insere num quadro mais amplo, que em última análise define o que é justo, ou direito, numa sociedade determinada.”<sup>5</sup>

Enquadrado naquilo que o povo entende como, conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho diz, “critério legítimo de apropriação do mando”<sup>6</sup>, todo poder tende a ser obedecido. Ao contrário, estabelecido contra essa legitimidade, tende a ser desobedecido.

Obtido o poder pela força ou astúcia, este só será mais duradouro se obtiver a legitimação durante o período de coerção. Se, por intermédio da propaganda, o monopólio e o controle da informação, do partido único etc., consiga incutir no povo o sentimento da legitimação desse poder obtido, a princípio ilegitimamente.

### 3. Legitimidade e legalidade

Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta que não se deve confundir *legitimação* com *legalização*. A primeira pretende ganhar legitimidade, age sobre as consciências para obter delas a adesão; a segunda é a consagração jurídica do poder estabelecido, que se dá nos dias de hoje, por intermédio de uma Constituição formal.

Conforme o mesmo autor, não se deve diminuir a importância dessa legalização e assim ele a concebe: “Ela é um primeiro passo, mas importante, para a legitimação, na medida em que atualmente se vê na adequação à Constituição uma justificação suficiente para o Poder.”<sup>7</sup>

O autor chama atenção para uma forma de legitimação ocorrida a partir da segunda metade do século, não examinada por Weber, que é a “legitimação pelo êxito”<sup>8</sup>, apontada por Jouvanel.

---

4. HELLER, H. *Teoria do Estado*, p. 237.

5. FERREIRA FILHO, M. G. *Constituição e Governabilidade*, p. 86

6. Idem, *ibidem*, p. 87.

7. FERREIRA FILHO, M. G. *op. cit.*, p. 88.

8. JOUVENEL, Bertrand de. *Du principat*, p. 79. Apud FERREIRA FILHO, M. G. *op. cit.*, p. 88.

A realização de metas desenvolvimentistas, resultando numa melhoria da condição de vida da comunidade, possui a tendência de legitimar o poder, ainda que a legitimidade favoreça a *racionalidade* ou a *tradição*.

Recuando a questão da legitimidade um pouco mais atrás, no tempo, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto afirma que, nas civilizações antigas, a legitimidade só dizia respeito aos governantes. De forma progressiva, o “regime político (configuração constitucional concreta), a própria existência de um domínio dos homens sobre os homens (Estado - instituição), tudo vai requerendo justificação.”<sup>9</sup>

A partir do surgimento do Estado de Direito, onde a lei, fruto da vontade geral, passa a substituir a vontade do soberano, a legalidade *substitui a noção de legitimidade*.

No Estado de Direito burguês do século XIX passa a ser legítimo aquilo que é legal, isto é, feito em obediência aos procedimentos formais de produção da lei.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho cita Carl Schmitt, quando afirma que a contraposição destes termos, legalidade e legitimidade, iniciou-se na França:

*“Primeiro para opor a raiz do regime monárquico – a legitimidade – ao Código Civil – a legalidade – pois fruto de um poder efetivo, contudo ilegítimo. Depois de 1830, para distinguir os monarquistas partidários dos Bourbons dos adeptos ou seguidores de Luís Felipe, e dos Orleans em geral.”*<sup>10</sup>

Conforme Antônio Carlos Wolkmer

*“[...] os juristas tendem tradicionalmente a identificar e a apresentar como sinônimos as expressões legalidade e legitimidade, ou seja, ambas expressam genericamente uma conduta ou realidade compatível com a existência e a submissão a um corpo sistematizado de leis.”*<sup>11</sup>

Com exceção ao pensamento positivista, entende-se como legítimo o que se coaduna com um Direito mais alto, transcendente ao Direito Positivo, enquanto *legal* é o que está em conformidade com a lei positiva. Assim, pode haver o desacordo, havendo a necessidade de fazer a distinção entre *legalidade* e *legitimidade*, pois nem tudo que é legal é legítimo e vice-versa.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho diz que os filósofos da política empregam o termo *legitimidade* como “adequação a um ideal”<sup>12</sup>, e *legalidade*, entendida “como simples submissão à regra obrigatória.”<sup>13</sup>

Para o positivismo jurídico de Hans Kelsen, ambas as expressões são sinônimas; uma vez que todo o Direito resume-se ao Direito Positivo, o que é legal é legítimo.

9. CABRAL PINTO, L. M. S. op. cit., p. 17.

10. Schmitt, C. *Legalidad y legitimidad*, p. XXV. Apud Ferreira Filho, M. G. op. cit., p. 85.

11. WOLKMER A. C. *Uma Nova Conceituação Crítica da Legitimidade*, p. 25.

12. FERREIRA FILHO, M. G. op. cit., p. 86.

13. Idem, *Ibidem*.



Hans Kelsen afirma que a validade da norma jurídica corresponde a sua legitimidade. Qualquer alteração na validade, que não a prevista no ordenamento, como exemplo do próprio autor, por meio de uma revolução, opera-se de uma forma ilegítima.

Assim, esse autor diz: “Elas (as normas jurídicas) permanecem válidas a medida em que não tenham sido invalidadas da maneira que a própria ordem jurídica determina. Este é o princípio da legitimidade.”<sup>14</sup>

A esse respeito, afirma J. J. Gomes Canotilho: “Para os positivistas, a legitimidade de um ato constituinte não é uma qualidade jurídica; é uma *qualidade ideológica* - a sua concordância com determinadas idéias políticas.”<sup>15</sup>

Antônio Carlos Wolkmer acredita que, ao contrário da legalidade, que corresponde à obediência a um conjunto de normas postas, necessariamente, dependente da existência de leis, a legitimidade

*[...] incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos. Acima de tudo, a concretização da legitimidade supõe a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com as aceções do justo advogada pela coletividade.”*<sup>16</sup>

Dessa forma, conclui que

*[...] legitimar não deixa de ser uma justificação relacionada ao Direito e ao Estado que tem um forte apelo de teor ideológico e intenta produzir integração. A legitimidade possibilita a coesão de uma organização social, criando, como as reais condições de adesão e conformidade.”*<sup>17</sup>

Paulo Bonavides, alertando sobre o perigo de uma valorização excessiva da legalidade em detrimento da legitimidade, diz:

*“A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre garantia do poder livre da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana.”*<sup>18</sup>

Analisando-se essa relação entre *legalidade* e *legitimidade*, com as teorias de limitação e ilimitação do poder constituinte, depara-se com uma interessante situação, a seguir descrita.

Ao adotar a teoria da ilimitação desse poder (sob uma ótica do positivismo jurídico) por normas preexistentes à sua manifestação, não haveria problemas quanto à legalidade do poder constituinte, uma vez que não há

---

14. KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 121.

15. CANOTILHO, J. J. G. op. cit., p. 101.

16. WOLKMER, A. C. op. cit., p. 26.

17. Idem, ibidem, p. 27.

18. BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, p. 344.

ainda ordenamento (manifestação originária) ou não estaria preso, enquanto energia ou poder de fato, ao ordenamento jurídico positivado. Visto como poder de fato, a legalidade de seu exercício lhe é indiferente.

J. J. Gomes Canotilho, ao falar da juridicidade do poder constituinte revolucionário, afirma: “A revolução será um facto antijurídico, ou melhor, antilegal, em relação ao direito positivo criado pela ordem constitucional derubada, mas isto não impede a sua classificação como movimento ordenado pelo e regulado pelo próprio direito.”<sup>19</sup>

Segundo esse mesmo autor, é a substituição de uma idéia de Direito por outra. Mas, perpetuado esse enfoque, como fica a legitimidade do poder constituinte?

Conforme já referido sobre a legalidade, quanto à legitimidade não existe um ordenamento jurídico-normativo que legitime esse poder, ou, se existe, a manifestação de um poder constituinte tende a romper com esse ordenamento, negando-o e substituindo-o por outro, tornando-o imprestável como *legitimador* desse poder.

Como fica a questão da legitimidade do poder constituinte, sem apoio na legalidade, que virá posteriormente ou apoio na anterior negada, destruída?

Paulo Bonavides afirma que os publicistas, adeptos da idéia de poder constituinte como uma questão de fato, acreditam que o poder constituinte, ao transcender o Direito Positivo, o faz assentando sua legitimidade em si mesmo e não em seu titular.

Esse autor resume essa teoria da seguinte forma: “A livre decisão sobre a modalidade e a forma de existência política cabe faticamente a quem o arreбата.”<sup>20</sup>

O poder constituinte, assim, possuiria uma legitimidade em si mesmo; quem o toma para si toma sua legitimidade, independentemente de qualquer valor. O referido autor faz um alerta: essa visão aceita qualquer conteúdo que uma constituição possa atribuir.

Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, a este respeito, cita Héraud, que afirma:

*“ O poder originário não tem necessidade nenhuma de legitimação jurídica porque ele encontra a sua legitimação no próprio facto de existir. Se se pretende que o poder constituinte originário seja um poder jurídico, para que desse modo seja um poder legítimo, é então necessário admitir que a juridicidade, no caso especial daquele poder, não decorre da circunstância de estar habilitado por uma norma jurídica, mas do facto de sua efetividade [...] ”*<sup>21</sup>

Segundo a mesma estudiosa, Héraud afirma que juridicidade não é sinônimo de legalidade e sim de eficácia. Se o direito que esse poder impõe é obedecido, esse poder possui eficácia e então é jurídico, e, conseqüentemente, é legítimo.

19 CANOTILHO, J. J. G. op. cit., p. 101.

20 BONAVIDES, P. op. cit., p. 125

21 CABRAL PINTO, L. M. S. op. cit., p. 47.

Isto é, efetivado o poder pela adesão popular, este é legítimo.

Para Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, essa visão do positivismo jurídico equivale e identifica-se com a legitimidade daquele que se impõe pelo uso da força, contra a vontade da maioria reprimida pelo temor. Como observa a autora, para o positivismo, se do ponto de vista moral é preferível a legitimidade pela adesão à força, do ponto de vista jurídico isto pouco importa.

Segundo Paulo Bonavides, esse enfoque faz do poder constituinte, “[...] um poder que não se analisa em termos jurídicos formais e cuja existência e ação independe de configuração jurídica.”<sup>22</sup>

A identificação da *legitimidade* com a *legalidade*, simplificação do positivismo jurídico, como já se afirmou, respondem à questão do *legítimo* como o simples preenchimento do quesito *legal*; pelo simples fato de constar de uma norma, observados seus requisitos formais de produção.

Dessa forma, entendido o poder constituinte um poder de fato, que se dá num momento anterior à existência do Direito, quando não se pode falar ainda em *legalidade*, a legitimidade desse poder se dá *em si mesmo*. É, visto desse modo, *um atributo natural* desse poder, intrínseco a sua posse e exercício.

Uma idéia de legitimidade que passe unicamente pela questão da legalidade não revela, a este estudo, uma justificação suficiente para entender-se uma manifestação constituinte como legítima. Como referido anteriormente, adotado o enfoque do positivismo jurídico, a legalidade surge após a manifestação constituinte, sendo imprestável como forma justificadora da legitimidade, devido a sua *inexistência*. A questão da legitimidade passa por sua titularidade, o fundamento do poder, do direito de mando e justificação do seu exercício.

Isso significa que, mantida essa ótica, a legitimação do poder constituinte passa a ser unicamente fática, não jurídica, não demonstrável sob o prisma do Direito, com todos os riscos decorrentes da aceitação dessa teoria: *o totalitarismo*.

Parece que a ligação do poder constituinte ao Direito, sua feição jurídica reconhecida desde o seu aparecimento ou manifestação inicial, traz a possibilidade de se demonstrar a sua legitimidade, não pelo Direito Positivo, mas pelo respeito a determinados valores.

Visto o poder constituinte como um poder não jurídico, ilimitado pelo Direito, essa teorização afasta-o de uma legitimidade demonstrável.

Opta-se por negar aceitação a ambos os enfoques apresentados: o de que a questão da legitimidade se responde pela existência da legalidade, inútil como justificadora do exercício de um poder constituinte anterior a ela ou destruidor da mesma, e que o poder constituinte justificar-se-ia faticamente pela simples “usurpação” (legitimidade intrínseca), a posse, a tomada deste por qualquer um que assim o fizesse.

Retornando-se, então, à questão formulada no início deste item, acredita-se que a *legalidade*, a adequação à lei (entendida como legal a norma integrante do ordenamento jurídico positivado) não é um *requisito* ou uma *condição* que legitime a manifestação do poder constituinte.

22. BONAVIDES, P. op. cit., p. 126.

Mas se não é a legalidade a resposta à pergunta, a questão permanece.

Interessante posição possui Paulo Thadeu Gomes da Silva a respeito dos elementos caracterizadores do exercício legítimo do poder constituinte, em sua obra *Poder Constituinte Originário e sua limitação material pelos direitos humanos*.

Ele acredita que uma constituição que se origine do consenso e de uma prática democrática estará legitimada pelo seu próprio procedimento.

Como conceito de *consenso*, Paulo Thadeu Gomes da Silva cita o de Sani: “[...] acordo entre os membros de uma determinada unidade social em relação a princípios, valores, normas, como quanto aos objetivos almejados pela comunidade e aos meios para os alcançar.”<sup>23</sup>

Para Paulo Thadeu Gomes da Silva, a idéia de consenso forçosamente remete ao contrato; a definição parte da idéia “de avença, de contratação.”<sup>24</sup>

Esse autor afirma que não faz uso de uma idéia jusnaturalista como base exclusiva que forneça seus elementos e justifique o acordo. Ele é partidário de um conceito de Direito Natural axiológico e preso a um referencial histórico (valor), que, somado a uma normalidade social (fato) e ao direito positivo (norma), dá ao consenso o seu conteúdo.

Para o autor, o consenso legitima à medida que faz constar de um documento positivado aqueles princípios e regras que fizeram parte desse consenso.

Além do consenso, ele também elege como necessário o procedimento “radicalmente democrático”<sup>25</sup>, que significa decisão majoritária e também corresponde à defesa dos direitos humanos.

Paulo Thadeu Gomes da Silva diz:

*“Se a democracia é adjetivo da única legitimidade possível contemporaneamente, só teremos uma ordem política válida se ela, a democracia legítima, se manifestar, realizando-se através da legalidade, que nada mais é que a finalidade do pco (poder constituinte originário).”*<sup>26</sup>

Reconhecem-se como válidos, então, dois elementos que tornariam identificável a legitimidade da manifestação do poder constituinte: o *consenso* e a *democracia*.

Sobre o consenso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que a manifestação do poder constituinte se legitima à medida que preenche “a idéia de direito que tem por si o consensus.”<sup>27</sup>

O autor ressalta a importância do consenso em relação à legitimidade. E assim diz: “[...] quando propriamente existe consenso – ou seja, a aceitação do princípio justificativo do Poder é amplamente majoritária – difícil é arrai-

---

23. SANI, G. *Dicionário de Política*. Apud GOMES DA SILVA, P. T. op cit., p. 34.

24. GOMES DA SILVA, P. T. op. cit., p. 34.

25. Idem, ibidem, p. 84.

26. Idem, ibidem, p. 87.

27. Idem, ibidem, p. 44.

gar-se um Poder que a contrarie. Caso contrário, abrem-se oportunidades de contestação e até de conflito.”<sup>28</sup>

Para o autor, não se deve confundir *oposição* (críticas e condenação à política governamental) com *contestação* (atuação contra as bases do sistema).

Uma vez não legitimado o poder, é necessário que se faça a sua legitimação, que se dê pela aceitação dos governados, sob pena de ineficácia desta manifestação.

Destaca Norberto Bobbio: “O princípio de legitimação das sociedades políticas é exclusivamente o consenso.”<sup>29</sup> E, segundo ele, foi Locke quem tratou com maior precisão a questão da legitimidade pelo consenso.

Na dogmática contratualista de Locke, o contrato (que subentende o consenso) tem a finalidade de permitir firmar um princípio de legitimação, oponível a outros princípios.<sup>30</sup>

Se a única forma de legitimação do poder político pode advir com o consentimento dos governados, esse consentimento só pode ter sido dado, pelo menos tacitamente, por aqueles que deram vida a determinada sociedade.

A respeito dessa legitimação, segundo Locke, as obrigações são fundadas em três tipos clássicos: *ex generatione*, advinda da relação de parentesco entre pais e filhos, gera aos filhos a obrigação de obediência aos pais; *ex delicto*, é por intermédio de um *delito* ou *castigo* que surge a obrigação do escravo em obedecer seu dono; *ex contractu*, é pelo instrumento contratual que nasce a obrigação do súdito em obedecer a seu soberano.

Decorre disto que o governante necessita que sua autoridade se legitime pelo consentimento dos governados. Assim, governos paternalistas ou despóticos não são governos legítimos e os súditos não são obrigados a obedecer-lhes.

Locke afirma que o que diferencia esses três tipos de sociedades é a autoridade: o seu fundamento, a obediência devida e sua legitimidade.

Isto é claro quando, ao estabelecer a diferença entre o *poder político* e os outros *poderes*, assim diz: “[...] é preciso mostrar a diferença entre o governante de uma sociedade política, o pai de uma família e o capitão de uma galera.”<sup>31</sup>

A respeito do consenso que dá início às sociedades políticas, Locke diz:

*“Pois quando um número qualquer de homens formou, pelo consentimento de cada indivíduo, uma comunidade, fizeram eles de tal comunidade, dessa forma, um corpo único, com poder de agir como um corpo único, o que se dá apenas pela vontade e determinação da maioria. Pois sendo aquilo que leva qualquer comunidade a agir apenas o consentimento de seus indivíduos, e sendo necessário àquilo que é um corpo*

28. FERREIRA FILHO, M. G. *Poder Constituinte*, p. 44.

29. BOBBIO, N. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*, p. 61.

30. Vide nota de rodapé n. 7.

31. LOCKE, J. *Dois Tratados sobre o Governo Civil*, Livro II, 2, p. 381

*mover-se numa certa direção, é necessário que esse corpo se mova na direção determinada pela força predominante, que é o consentimento da maioria.*<sup>32</sup>

Segundo José Eduardo Faria, a aceitação do sistema normativo pelos governados passa pela obtenção de um *consenso* que se baseia não no uso exclusivo da força, no monopólio da violência, nem se apóia numa razão positivista pura.

Para ele, é nessa problemática que se insere a questão da legitimidade, apoiada no consenso da opinião pública, como um caminho de equilíbrio na aceitação das obrigações jurídicas e políticas exigidas.

Diante do exposto, aceitar-se-á o consenso como um elemento integrante da noção de exercício legítimo do poder constituinte. A ressalva a ser feita fica por conta de que o consenso em si mesmo, isolado nesse processo, pode não trazer a legitimação à determinada escolha.

Tome-se, como exemplo, a hipotética realização em nosso país de um plebiscito visando a saber se haveria o consenso para instituir-se a pena de morte como punição a determinados crimes. Fatalmente essa opção odiosa seria acatada pela maioria.

Deve-se entender que, visto isoladamente, separado de um conjunto axiológico, o consenso torna-se uma *idéia esvaziada da maioria*. Há no reconhecimento e respeito do direito à vida um valor fundante e integrante de uma relação política. O consenso por si só não se perfaz num elemento de legitimação do ato constitutivo de um Estado, à medida que ele pode estar contaminado por um vício: a *falsidade*, produto de uma tomada de decisão setorizada e “maquiada” como sendo uma decisão comum.

A respeito desse assunto, afirma André Ramos Tavares:

*“Estamos falando do processo de alienação do ser humano, e de manipulação das informações, o que se dá principalmente através dos meios de comunicação de massa. A ignorância pode causar os consensos mais extravagantes, e a história é prova disso (o consenso criado no povo alemão a respeito da “solução final” como política de governo). Daqui surge a necessidade de um consenso que seja precedido de uma discussão racional, sem o que o mero consenso seria totalmente oco e, pois, destituído de validade justificante.”*<sup>33</sup>

Assim, o consenso deverá estar *instrumentalizado* por determinados valores, aceitos pela sociedade como necessários a seu próprio bem-estar na relação política.

---

32. LOCKE J. op. cit., Livro II, 96, p. 469.

33. TAVARES, A. R. *Reflexões sobre a legitimidade e as limitações do poder constituinte, da assembléia e da competência constitucional reformadora*, p. 233.

#### 4. Democracia

Os direitos fundamentais são a expressão do valor-fonte que indica um caminho seguro à instrumentalização do consenso constitucional. Os valores instrumentalizariam o consenso, que criaria novos valores, que serviriam de novo subsídio a um novo consenso, e assim por diante, numa espiral dialética.

Para tanto, além do consenso, precisar-se-á de um segundo elemento: a *democracia*.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho vê, hodiernamente, um caráter unânime da democracia. Dessa forma, segundo ele, só se aceitaria como legítimo o governo advindo do povo e que visa a realizar o interesse geral. Contudo, conforme ele alerta, essa unanimidade adviria da imprecisão do termo democracia, que possui os mais diversos modos de compreensão.

Para esse autor, a democracia é inspirada diretamente por dois valores, que são a “*liberdade e igualdade*”.<sup>34</sup>

Apesar das diferentes visões teóricas a respeito de liberdade e igualdade (a liberal, a marxista, a econômica e a social etc.), o que importa salientar é o que se exigiria numa democracia para, no mínimo, dar um caráter legítimo a um exercício do poder constituinte. Dever-se-á partir de uma democracia representativa, com amplo direito de sufrágio, como forma de permitir a captação dos mais amplos interesses da sociedade, como mínimo para a caracterização da legitimidade.

A respeito de democracia, importante é a afirmação de José Afonso da Silva, de que a democracia é um “conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem.”<sup>35</sup>

Norberto Bobbio ressalta que os direitos de liberdade foram a condição necessária para que o jogo democrático se desenvolvesse e se afirmasse e que esse desenvolvimento se tornou a principal ferramenta na defesa destes direitos. Ele manifesta: “Hoje apenas os Estados nascidos das revoluções liberais são democráticos e apenas os Estados democráticos protegem os direitos do homem: todos os Estados autoritários do mundo são ao mesmo tempo antiliberais e antidemocráticos”<sup>36</sup>.

Apesar da noção de democracia estar atrelada à realização dos direitos fundamentais, entende-se e reconhece-se que os diferentes estágios de desenvolvimento econômico, social e cultural dos povos impedem o exercício de uma democracia *modelo* por todos os Estados, de uma forma idêntica e unificada.

Interessante observação é a de Clèmerson Merlin Clève, a respeito da produção de leis, por meio da atividade legislativa, e democracia.

Ele afirma que, inicialmente, desde a Antigüidade, passando pela Idade Média, a questão da produção da lei ligava-se ao seu sentido material: à

---

34. FERREIRA FILHO, M. G. op. cit., p. 97.

35. SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 126.

36. BOBBIO, N. *Liberalismo e Democracia*, p. 44.



*justiça, ao bem comum.* Com o nascimento do Estado moderno, a noção de conteúdo material da lei é substituída pela idéia de uma lei desprovida de um conteúdo necessário.

Assim, no Estado liberal, o Parlamento, onde antes se visava à elaboração racional de uma lei que fosse adequada e justa, passa, em razão do acesso democrático de todas as classes sociais, a produzir a lei como uma simples manifestação de uma determinada vontade política.

Dessa maneira, a lei passou a ser unicamente a forma de veiculação de uma decisão política (da *vontade da maioria*) e é resultante de uma intensa luta política. E Clèmerson Merlin Clève conclui: “o fato da democratização da sociedade que consegue trazer legitimidade para o universo político, paradoxalmente quebra a legitimidade do universo jurídico, por que o direito vai se distanciando de exigências do cunho material”.<sup>37</sup>

Segundo esse autor, com a evolução do Estado liberal para o Estado social, onde o Poder Público atribui para si a regulação de uma série de situações antes afetas à atividade da autonomia da vontade, surge um novo conceito de lei que não mais se encaixa no conceito iluminista. Mas, ele ressalta que essa busca por um novo conceito não é acompanhada nem aceita por uma série de constitucionalistas.

Esse autor diz que isto ocorre em razão “[...] da descoberta indesejada de que a realidade jurídica não está se ajustando mais aos velhos conceitos ditados pela teoria constitucional dos séculos XVIII, XIX e o início do século XX”<sup>38</sup>.

Para José Eduardo Faria, a democracia não esgota a questão da legitimidade. Ele diz que “o problema da legitimidade não se limita a uma avaliação dos modelos representativos oriundos do contratualismo resultante dos séculos XVII e XVIII”<sup>39</sup>.

Também a esse respeito, Fábio Konder Comparato afirma que a democracia moderna nada tem a ver com a democracia grega. Nesta, o exercício é direto, nunca representativo, o que significa que o poder supremo (*kyrion*) pertence ao povo. Já a democracia moderna foi

*“[...] reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, foi a fórmula política inventada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do ancien régime – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a maioria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável”*.<sup>40</sup>

37 CLÈVE, C. M. A. *Lei no Estado Contemporâneo*, p. 127.

38 CLÈVE, C. M. op. cit., p. 128.

39 FARIA, J. E. op. cit., p. 67

40. COMPARATO, F. K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 39.



Dessa forma, entende-se que, ainda hoje, há países que compartilham da visão de uma democracia resultante da expressão de uma decisão que advém da maioria, *independente do seu conteúdo* (pode-se dizer o mesmo em relação ao consenso). Assim, tal visão aplicada a uma manifestação constituinte, sob o ponto de vista fático e dogmático, pode albergar-se no “formalismo” das normas constitucionais, desprovidas de qualquer conteúdo axiológico ou princípio lógico.

Apesar de a Constituição não ser entendida como um simples ordenamento superior, um conjunto de normas constitucionais, e sim um referencial de valores e princípios, são as normas, sempre, um veículo de expressão destes.

É a positivação de determinados valores um elemento de legitimação jurídica do poder constituinte pela Constituição, que traz por intermédio de sua positivação a sua *certeza e efetividade*.

André Ramos Tavares afirma que hodiernamente a legitimidade do poder constituinte encontra referência no princípio democrático da soberania popular. Mas faz a seguinte ressalva:

*“Não obstante isto, cumpre investigar qual o alcance deste princípio, e em quais situações deve ser empregado. Por outro lado, a dignidade do ser humano é, fora de dúvida, um critério a mais que serve para auferir a legitimidade de qualquer ordem constitucional [...] não poderemos olvidar o surgimento de novos valores, que emergindo do seio social, alçam-se, no cotejo da ordem jurídica, a paradigmas legitimadores.”*<sup>41</sup>

A idéia de uma manifestação legítima do poder fundacional pela existência prévia de um consenso e de um procedimento democrático não afasta o *risco de uma ausência* de direitos fundamentais constitucionalizados.<sup>42</sup>

Quanto à questão da legitimidade aferível pelo respeito aos direitos fundamentais, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto afirma: “É também nossa a convicção de que, no momento actual, as pesquisas acerca de uma ordem constitucional legítima (digna de reconhecimento) não podem dissociar-se da temática dos direitos fundamentais”<sup>43</sup>.

Essa autora acredita que sobre a proteção dos direitos humanos convergem dois aspectos da legitimidade, ressaltados por J. J. Gomes Canotilho: a *justificação* do domínio e a *fundamentação* final da ordem normativa.

41. TAVARES, A. R. *Reflexões sobre a legitimidade e as limitações do poder constituinte, da assembléia e da competência constitucional reformadora*, p. 234.

42. A experiência constituinte vivida pela Venezuela se deu num clima de risco à proteção dos direitos humanos. Com a eleição de um presidente populista, aos moldes dos caudilhos sul-americanos, que detinha o controle da assembléia constituinte por ter a maioria de seus membros fiéis a ele, sua influência e poder para ditar os termos da constituição alcançou um nível perigoso à democracia e proteção dos direitos fundamentais.

43. CABRAL PINTO, L. M. S. op. cit., p. 141.

Dessa forma, ela afirma que, sendo o poder constituinte que estabelece “o estatuto de governantes e governados, isto é, o domínio de homens sobre homens”<sup>44</sup>, este não pode dissociar a fundamentação da legitimidade do poder dos direitos humanos, uma vez que a causa final de toda a organização política são os indivíduos.

E assim ela conclui: “[...] ou seja, uma estrutura de domínio justificar-se-á quando o poder se institua pela vontade dos cidadãos e tenha por telos a emancipação humana”<sup>45</sup>.

Para a autora, o poder encontra sua justificativa na realização dos direitos humanos.

Quando J. J. Gomes Canotilho, na exposição de sua obra *Direito Constitucional*, fala a respeito dos paradigmas da modernidade e pós-modernidade, no âmbito do Direito Constitucional e da Ciência Política, diz que, em relação aos Direitos Individuais, sua obra se assentará “na idéia de os direitos fundamentais continuarem a consistir a *raiz antropológica* essencial da legitimidade da constituição e do poder político”<sup>46</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XXI, inciso 3, prevê: “A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto”.

Apesar de fazer referência ao consenso (a vontade do povo) e à democracia (eleições periódicas, sufrágio universal e liberdade de voto), a própria Declaração intenta fazer com que os Estados apliquem as disposições nela constantes. Assim, será entendido como legítimo o governo do Estado que se origine da vontade popular e que, também, respeite e preveja os direitos elencados nessa Declaração.

## 5. Requisitos a um exercício legítimo do Poder Constituinte

Mediante essas digressões, optou-se por entender como elemento integrante do sentido de um exercício legítimo do poder constituinte, além do *consenso* e *democracia*, elementos importantíssimos, um terceiro elemento: a *efetiva observância dos direitos fundamentais e sua constitucionalização*, nos moldes mínimos daqueles positivados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e seus Pactos e Convenções subseqüentes.

Assim, em resposta à questão formulada no início deste item, acredita-se que o exercício do poder constituinte, para ser considerado legítimo, deve atender a três requisitos:

- 1) ser fruto de um consenso;
- 2) manifestado por intermédio de um procedimento democrático, nos moldes já referidos, e

44. Idem, *ibidem*, p. 142.

45. Idem, *ibidem*.

46. CANOTILHO, J. J. G. *op. cit.*, p. 19.

- 3) como decorrência necessária desse exercício, constarem do texto constitucional, direitos fundamentais que correspondam àqueles estabelecidos nas Declarações, Pactos e Convenções contemporâneos.

Após a indicação da efetiva constitucionalização dos direitos fundamentais, como requisito demonstrativo do exercício legítimo do poder constituinte, cabe ressaltar que essa exigência decorre do reconhecimento desses direitos como expressão do valor-fonte. É o valor, discutido no item anterior, o elemento que fornece o referencial de um exercício legítimo do poder constituinte, porque é capaz de responder sobre a questão da *justeza* da constituição.

Para J. J. Gomes Canotilho, a respeito da questão da legitimidade da Constituição criada pelo exercício do poder constituinte, esta se resume em saber se “as soluções materiais e os seus projectos regulativos podem ser reconhecidos pela comunidade como «intrinsecamente justos»”.<sup>47</sup>

Paulo Bonavides questiona se, politicamente, deve-se tratar o poder constituinte como uma questão de fato, fora da dimensão dos valores, ou associar o poder constituinte a um princípio de legitimidade que permitiria a manifestação preferencial de valores pelos seus titulares. Quanto a tratá-lo como uma questão de fato, já se fez referência a isso quando da exposição do pensamento de Paulo Bonavides, anteriormente.

A respeito do enfoque que atribui valores atrelados aos fatos, não excluindo assim a apreciação da legitimidade desse poder, esse autor diz:

*“Foi precisamente uma profunda análise racional da legitimidade do poder, contida nas reflexões do contrato social, que fez brotar a teoria do poder constituinte. Quem diz poder constituinte está a dizer já legitimidade desse poder, segundo essa ou aquela idéia básica perfilhada, numa opção de crença ou princípio.”*<sup>48</sup>

Para ele, o problema dessa teoria está em separar o detentor e o titular legítimo, titularidade e exercício da mesma.

Segundo a teoria clássica (jusnaturalista), sendo o titular do poder constituinte a nação, esta não é organizada pela Constituição, somente o Governo o é. Logo, esse poder não se encontra regrado ou disciplinado pela Constituição, podendo *fazer tudo o que quiser*.

Paulo Bonavides comenta que o poder constituinte tomado pelo *aspecto político* “só tem uma função capital: a de fazer que a Nação ou o Povo, os governados enfim, sejam sujeitos da soberania”<sup>49</sup>.

O mesmo autor diz que a criação dessa teorização só se explica na função de evitar a *usurpação* de grupos ou minorias do poder, apartando a participação dos governados da organização política e social.

---

47 CANOTILHO, J. J. G. op. cit., p. 97.

48 BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, p. 126.

49 Idem, *ibidem*, p. 128.

Para Paulo Bonavides, qualquer dúvida na relação de obediência entre os governados e os governantes, quanto a sua legitimidade, passa por um exame dos valores presentes que justifiquem essa obediência. Dessa forma, diz:

*“O poder constituinte deixa de ser visto como um fato, como o poder que é ou que foi, para ser visto como um fato acrescido de um valor, como o poder que deve ser, conforme o título de legitimidade que lhe sirva de respaldo na consciência dos governados”*<sup>50</sup>.

Assim, Paulo Bonavides reconhece a existência do poder constituinte como fato e como valor também, e acrescenta: “A doutrina do poder constituinte não nasce do fato, mas do valor anexo ao fato”<sup>51</sup>. Valor este que, para ele, é usado pela autoridade como justificativa de um exercício legítimo do poder constituído.

A esse respeito, José Eduardo Faria também preceitua: “Sempre a consideração da legitimidade vai esbarrar em indagações acerca de quais são os valores que a penetram e por que são eles legítimos; de qualquer forma, sempre implicará também o consenso da opinião pública”<sup>52</sup>.

Parece correta a noção proposta por Miguel Reale, quando trata de *legitimidade* da norma, ao afirmar que esta se dá “na indagação dos títulos éticos dos imperativos jurídicos, na justiça ou injustiça do comportamento exigido”<sup>53</sup>. E ele conclui: São os *fundamentos* dos preceitos jurídicos os *valores* “capazes de legitimá-los numa sociedade de homens livres”<sup>54</sup>.

## 6. Conclusão

O que se pretendeu neste artigo foi demonstrar que o preenchimento unicamente formal de dois “requisitos” para o exercício legítimo do poder constituinte originário (o consenso e o processo democrático) não é garantia suficiente ao exercício legítimo desse poder.

Um discurso pomposo pode ser esvaziado de conteúdo, apesar de ser apresentado numa belíssima forma. Pode o exercício do poder constituinte atingir um *conteúdo formal* satisfatório, mas manter um *conteúdo material* humanisticamente frustrante. Pode ser formalmente legal, mas materialmente ilegítimo.

Deve existir, então, na idéia de legitimidade, a possibilidade de uma *comprovação axiológica*: a de estabelecer se algo é legítimo por estar ocorrendo dentro dos limites impostos por certos valores aceitos, o que se poderia chamar de um *conteúdo axiológico* demonstrável na legitimidade. Seria legítimo à medida que preenchesse plenamente determinados valores universalmente reco-

50 BONAVIDES, P., op. cit., p. 138.

52 FARIA, J. E. *Poder e Legitimidade*, p. 84

53 REALE, M. *Teoria Tridimensional do Direito*, p. 15.

54 Idem, ibidem, p. 15.

nhecidos.

O horizonte axiológico a ser usado como parâmetro de um exercício legítimo do poder constituinte originário já está positivado entre nós. Esse local encontra-se numa dimensão histórico-normativa: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, como *base*, e em seus decorrentes *pactos* (Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais etc.) e *convenções* (Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, Convenção sobre os Direitos da Criança etc.).

A obediência e observância às regras dispostas na Declaração Universal dos Direitos do Homem, tomada como referência básica, é o caminho inicial que deverá ser trilhado pelo legislador constituinte, ao elaborar a Constituição, pois a ausência da previsão de direitos fundamentais na Constituição representa uma grave falta: a *ilegitimidade dessa manifestação constituinte*.

O poder constituinte deve ser legítimo, como forma de justificar a sua obediência, seu acatamento. Há legitimidade quando o exercício desse poder se dá em conformidade com um consenso que albergue os valores mais altos de uma sociedade e uma real participação popular, por intermédio de uma Assembleia Constituinte representativa, e que esses elementos influam verdadeiramente na positivação de direitos fundamentais no texto da Constituição a ser criada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, N. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Brasília: Brasiliense, 1997.
- BOBBIO, N.; BOVERO, M. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. 3. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CABRAL PINTO, L. M. da Silva. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição. *Boletim da Faculdade de Direito, "Studia Iuridica"* 7. Coimbra: 1994.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CLÈVE, C. M. A lei no estado contemporâneo. *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, a. 5, n. 21: p.125-138, out./dez. 1997.
- COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FARIA, J. E. *Poder e legitimidade, uma introdução à política do direito*. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- FERREIRA FILHO, M. G. *O poder constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Constituição e Governabilidade. ensaio sobre a (in)governabilidade brasi-*

- leira. São Paulo: Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GOMES DA SILVA, P. T. *Poder constituinte originário e sua limitação material pelos direitos humanos*. Campo Grande: Solivros, 1999.
- HELLER, H. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, s.d..
- KELSEN, H. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LOCKE, J. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- REALE, M. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- TAVARES, A. R. Reflexões sobre a legitimidade e as limitações do poder constituinte, da assembléia e da competência constitucional reformadora. *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, a. 5, n. 21, p. 221-238, out./dez. 1997.
- WEBER, M. *Economia e sociedade*. 3. ed. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.
- WOLKMER, A. C. Uma nova conceituação crítica de legitimidade. *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, a. 2, n. 5, p. 25-31, out./dez., 1998.

## NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

A Revista de Direito da UNIMAR - ARGUMENTUM tem como objetivo principal divulgar trabalhos elaborados pelo corpo docente e discente da Faculdade de Direito da UNIMAR.

As contribuições podem ser enviadas nas seguintes formas trabalhos originais, artigos, resenhas, ...

Solicita-se observar as instruções abaixo para o preparo dos trabalhos:

1. Os trabalhos deveram conter de 10 a 30 páginas, com 30 linhas, no espaço 1,5 cm, margens de 2,5 cm e Letra Times New Roman (corpo 12), com duas (2) cópias impressas em A-4 e uma cópia em disquete em formato DOC.

2. Os artigos devem ser encaminhados à Comissão Editorial da Revista, devendo conter as principais conclusões do trabalho e obrigatoriamente um resumo, em português e inglês, na seguinte forma:

a) Título do trabalho deve ser conciso e indicar o conteúdo.

b) Nome do autor (com chamada de rodapé, referente aos autores, deve-se constar o cargo, a disciplina que autor ministra e a Faculdade a que pertence, sendo em numeração consecutiva chamada de números-índices colocados logo após o nome de cada autor.

c) Resumo pode vir de várias formas: apresentar apenas um sumário das idéias do autor, narrar as idéias mais significativas, condensar o conteúdo de modo que dispense a leitura do texto original. O resumo é constituído de um só parágrafo, com até 250 palavras. (NBR 6028/99). Será seguido de indicação dos termos de indexação (palavras-chave). A tradução para o inglês formará o summary e key words.

d) As Referências no texto deverão ser feitas numericamente, citando-se o autor, quando estritamente necessário.

e) As tabelas deverão ser numeradas com algarismos arábicos, sempre promovidas de títulos explicativos e constituídas de modo a ser inteligíveis independentemente do texto. Não devem ser usadas linhas verticais. As horizontais devem aparecer para separar o título do cabeçalho e este do conteúdo, além de uma ao final da tabela.

f) As Referências Bibliográficas deverão observar as normas da ABNT (Associação Brasileira de Norma Técnicas) 10520/2001. Só serão incluídos trabalhos citados no texto ou tabela(s) que deverão ser inseridos em ordem alfabética e da seguinte forma:

Periódicos: Nome de todos os autores. Título do artigo, Título do periódico, local, volume, paginação inicial-final, ano de publicação. Exemplo:

. COUTO, R. H., J. M. S., PEREIRA, J. M. S. Estudo da polinização entomófila em Cucurbita pepo (Abóbora italiana). *Científica*, São Paulo, v. 18, p. 21-9, 1990.



. MENU, B. La condition de la femme das l'Égypte pharaonique. *Révue Historique de Droit Français et Étranger*, Paris, v. 67, n. 1, p. 3-35, jan/mar. 1989.

Livros: Autores. Título da publicação, nº de edição, local: firma editora, ano de publicação, páginas consultadas.

Exemplo: GARCIA, W. *Administração educacional em crise*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Cortez Editora, 2001, 118 p.

Sem autor expresso: CULTURA de algodão. Conj. Econ. Rio de Janeiro, v. 5, n. 4, p. 5-15, 1967.

Capítulo de livro: ALMEIDA, J. B. de. Solos dos pampas. In: ALVAREZ V. V. H., FONTES, L. E. F.; FONTES, M. P. F. (Ed). *O solo nos grandes domínios morfoclimáticos do Brasil e o desenvolvimento sustentado*. Viçosa: SBSC/UFV, 1996, p. 289-306.

Trabalhos em Anais de Congresso, Simpósio etc.

Exemplo: REIN, T. Uso eficiente dos fertilizantes fosfatados e solubilidade. In: Simpósio Nacional do Setor de Fertilizantes, 1, São Paulo, 1994, Anais... São Paulo, Finep, 1994, p. 101-125.

Citações:

1. "Especificar no texto a(s) página(s), volume(s), ou seção (ões), da fonte consultada, se houver. Este(s) deve(m) seguir a data, separado(s) por vírgula e precedido(s) pelo designativo, de forma abreviada, conforme a NBR 10522, que o(s) caracteriza".

Exemplos: A produção do lítio começa em Searles Lake, Califórnia, em 1928 (MUMFORD, 1949, p. 513).

Oliveira e Leonards (1943, p. 146) dizem que a 'relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara'.

2. "As transcrições no texto de até três linhas devem estar encerradas entre aspas duplas. As aspas simples são utilizadas para indicar citação no interior da citação".

Exemplos: Barbour (1971, p. 35) descreve: "o estudo da morfologia dos terrenos [...] ativos" ou "Não se mova, faça de conta que está morta" (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72).

3. "As transcrições no texto com mais de três linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor que a do texto utilizado e sem aspas". (NBR 10520:2001)

Na Internet: RIBEIRO, P. S. G. Adoção à brasileira; uma análise sócio-jurídica. Datavenia, São Paulo, ano 3, n. 18, ago. 1998. Disponível em << <http://www.datavenia.inf.br/fran-ameart.html>>. Acesso em: 10 set. 1998.

1. "As citações devem ser indicadas no texto por um sistema numérico ou autor-data. Qualquer que seja o método adotado deve ser seguido consistentemente ao longo de todo o trabalho, permitindo sua correlação na lista de referências ou em notas de rodapé".



Todos os trabalhos serão examinados por consultores científicos e pelo Conselho Editorial. Os que precisarem de modificações serão devolvidos ao(s) autor (es) para revisão, até serem definitivamente aprovados. São de exclusiva responsabilidade dos autores opiniões e conceitos emitidos nos trabalhos.

A **Revista ARGUMENTUM** reserva-se o direito de não publicar o trabalho enviado ou utiliza-lo em outra edição.





