

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC/SP**

**FERNANDO MELO DA SILVA**

**A ORDEM ECONÔMICA E O PRINCÍPIO DA DEFESA DO  
CONSUMIDOR: A INSERÇÃO DA LEI 11.101/2005 NA  
SISTEMÁTICA DE TUTELA DOS INTERESSES DOS  
CONSUMIDORES**

**SÃO PAULO  
2009**

**FERNANDO MELO DA SILVA**

**A ORDEM ECONÔMICA E O PRINCÍPIO DA DEFESA DO  
CONSUMIDOR: A INSERÇÃO DA LEI 11.101/2005 NA  
SISTEMÁTICA DE TUTELA DOS INTERESSES DOS  
CONSUMIDORES**

Monografia de final de curso apresentado à PUC (Pontifícia Universidade Católica), de São Paulo, como requisito parcial para avaliação na disciplina de *Ordenamento jurídico e sistema* do curso de Pós Graduação *strictu sensu* nível de Doutorado, disciplina de responsabilidade do Prof. Titular Paulo Barros de Carvalho.

**SÃO PAULO  
2009**

## RESUMO

O presente estudo tem como proposta o estudo da incidência do princípio da defesa do consumidor, enquanto princípio geral da ordem econômica no contexto da regulação dos procedimentos concursais regulados pela Lei 11.101/2005, no caso a recuperação judicial, a extrajudicial e principalmente a falência do devedor empresário ou sociedade empresária. Com base em estudos comparativos e dogmáticos-jurídicos, decorrentes da utilização de uma série de processos de analíticos, na dinâmica do método dialético, procurou-se, verificar na falência, em especial naquelas hipóteses fáticas em que o grosso do passivo de um fornecedor em estado de crise econômico-financeira pode ser formado de débitos decorrentes de contratos de consumo não adimplidos ou não executados a contento, por conta justamente de sua situação econômica deficitária, tal como ocorre com empresas de viagem, incorporadoras e construtoras de imóveis, instituições privadas de ensino, dentre outros, a inserção do princípio da defesa do consumidor. Neste plano certo é que o conjunto de leis que compõem o ordenamento jurídico-concursal brasileiro, em especial a Lei 11.101/2005, salvo algumas exceções, pouco atenta para a figura do consumidor no seu contexto, tanto que quando se fala em defesa do consumidor no juízo concursal, tem-se que todo o sistema jurídico composto para a tutela jurídica do consumidor se reduz frente às normas genéricas previstas pelo direito concursal. Contudo, tanto o direito do consumidor e suas regras, assim como as próprias normas de direito concursal, dentro de uma perspectiva mais ampla, têm na verdade um substrato comum, qual seja, a de regularem deferentes aspectos das relações econômicas, que por circunstâncias de fato podem exigir o entrelaçamento de suas normas, cujo conflito ou lacuna superar-se-á pela aplicação do princípio constitucional da defesa do consumidor, devendo tal princípio comandar o processo hermenêutico de construção dentro do contexto possível da defesa do consumidor no juízo da falência em especial.

**Palavras-chave:** princípio constitucional; ordem econômica; da defesa do consumidor; direito concursal, falência, Lei 11.101/2005.

## ABSTRACT

This study is studying the incidence of the principle consumer protection, while the general principle of economic order the context of regulating the procedures regulated by law 11.101/05 to recovery and mainly for out-of-court the debtor's bankruptcy or entrepreneur entrepreneur society. Based on studies legal comparative dogmatic-from the use of a series of analytical processes, in the dynamics of the dialectic method, it check in bankruptcy, in particular those assumptions facts where the bulk from a vendor in a State of economic and financial crisis can be formed of debits arising from contracts not accomplishment or not run the satisfaction, just their economic situation shortfall as occurs with travel companies, enterprises of construction and buildings, private teaching institutions, among others, insertion of the principle of consumer protection. This plan are set of laws that make up the legal-Brazilian in concursal particular law 11.101/2005, unless some exceptions, little learning figure the consumer in their context, so much that when it comes to consumer protection in Concursal judgement is that the whole legal system legal composite for protecting the consumer if reduces front generic standards laid down by the law concursal. However, both the consumer's right and its rules, as well as the concursal law standards themselves, within a broader perspective, have in fact a common substrate, which is, to regulate the different aspects economic relations, which actually circumstances may require the interlacing of their standards, whose conflict or gap overcome-from application of constitutional principle of consumer protection and principle commanding construction process within the context possible consumer protection bankruptcy judgement in particular.

**Keywords:** the constitutional principle; economic order; consumer protection; right bankruptcy; law 11.101/2005.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	05
<b>1. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DEFESA DO CONSUMIDOR</b>	10
<b>1.1 DIREITO, MERCADO E EMPRESA</b> .....	10
<b>1.2 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PRINCÍPIO GERAL DA ORDEM   ECONÔMICA</b> .....	15
<b>1.2.1 Princípio geral de direito e ordenamento jurídico</b> .....	15
<b>1.2.2 A defesa do consumidor como princípio da ordem econômica</b> .....	20
<b>2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR NO DIREITO CONCURSAL</b> .....	25
<b>2.1 O DIREITO CONCURSAL NO CONTEXTO DA REGULAÇÃO DA ATIVIDADE   ECONÔMICA</b> .....	25
<b>2.2 A DEFESA DO CONSUMIDOR NA LEI 11.101/2005</b> .....	28
<b>CONCLUSÕES</b> .....	33
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	36

## INTRODUÇÃO

O consumidor é peça fundamental no sistema das relações econômicas, cujo reconhecimento de sua importância, impôs ao ordenamento jurídico a formulação de instrumentos de ordem material e processual no sentido de garantir os seus direitos frente ao poderio econômico dos detentores dos meios de produção.

O mercado, por si só, e em função de sua própria natureza, não apresenta mecanismos eficientes capazes de superar o estado de vulnerabilidade do consumidor, razão pela qual o modelo da auto-regulamentação idealizado em seu contexto, onde fornecedores e consumidores encarregam-se da tarefa de extirpar as práticas perniciosas que derivam da dinâmica das relações jurídicas decorrentes do ato de consumo, de forma isolada é pouco eficaz no mister de suprir a hipossuficiência do consumidor, frente ao fornecedor.

Daí o papel do Estado intervindo de forma imprescindível por meio de seus braços legislativo, executivo e judiciário, trazendo consigo o intervencionismo estatal, como complemento da auto-regulamentação, que especificamente nesta área das relações entre consumidor e fornecedor, atua disciplinando a relação de consumo de forma a restabelecer o equilíbrio entre as partes nela envolvidas.

Deste modo, a partir do paradigma da vulnerabilidade do consumidor é que se concebeu esta nova forma de disciplina jurídica, o *Direito do Consumidor*, cujo fim é, basicamente, reequilibrar a posição dos sujeitos na relação de consumo, seja reforçando, quando possível a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado ultimadas pelo fornecedor.

Em nosso ordenamento jurídico, a proteção legal do consumidor tem como base, sólido arcabouço constitucional, eis que em seu art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988 arrola entre os direitos fundamentais o dever do Estado de promover a defesa do consumidor, bem como insere entre os princípios gerais da ordem econômica (art. 170, V da CF/88), o princípio da defesa do consumidor.

No plano infraconstitucional tem-se a Lei 8.078 de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), uma lei nacional, de caráter multidisciplinar, dado ao fato de que abrange muitos aspectos no contexto geral das chamadas relações de consumo, ao longo do território nacional, disciplinando entre outras coisas: os conceitos de consumidor, fornecedor, produto e serviço (arts. 1º a 3º); disposições sobre a política nacional de relações de consumo (arts. 4º e

5º); sobre o sistema nacional de defesa do consumidor (arts. 105 e 106) e sobre a convenção coletiva de consumo (art. 107); direitos básicos do consumidor (arts. 6º e 7º); definições de direito material sobre produto e serviços e os seus consectários jurídicos e práticos, tais como qualidade, segurança e responsabilidade (arts. 8º a 25); regulamentação das práticas comerciais – cláusulas contratuais, informação e publicidade (arts. 29 a 40 e 46 a 54); sanções administrativas (arts. 55 a 60) e penais (arts. 61 a 80); normas sobre prescrição e decadência (arts. 26 e 27); uma parte processual que se estende ao longo dos arts. 81 a 104, e mais alguns dispositivos que alteram a lei da ação civil pública (Lei 7.347/85); disposições inovadoras, tais como a disciplina dos bancos de dados cadastrais (43 a 44), da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28) e da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII).

No entanto, todo o sistema de proteção ao consumidor é estruturado à base de um fornecedor solvente, ou seja, capaz de honrar com as responsabilidades patrimoniais decorrentes do desrespeito a direitos individuais e coletivos dos consumidores.

Como, por razões diversas, qualquer sujeito pode quedar-se num estado de crise econômico – financeira, que culmina no estado de insolvência.

A aferição objetiva do referido estado se faz, via de regra, através da observação de fatores externos como o inadimplemento de uma obrigação resultante da impontualidade do devedor.

O risco do não cumprimento das obrigações, nestes casos, torna-se mais patente, exigindo do Direito uma disciplina diferenciada, atuando aí o direito concursal como instrumento regulador dos diversos interesses relacionados à crise econômico-financeira do devedor e dos seus efeitos concretos ou possíveis, destacando-se os interesses do devedor, e em especial o dos credores.

Ou seja, no contexto de um processo coletivo, tal como é o processo concursal, temos os consumidores credores diante apenas de meios individuais de tutela de seus interesses, iguados a outras categorias de credores, cuja capacidade de absorção dos efeitos da quebra é maior, bem como a possibilidade de melhor acompanharem e exercitarem seus direitos no âmbito deste processo.

Assim os instrumentos previstos na Lei 11.101/2005 aplicáveis aos consumidores/credores de empresas, não os provêem, numa maneira mais geral, de meios processuais mais específicos para a tutela individual ou coletiva de seus interesses no juízo concursal, ocorrendo a retirada da proteção especial que têm os consumidores na relação jurídica que entabulam com o fornecedor, nas hipóteses de sua solvabilidade.

No entanto, como deve ser ressaltado, em muitos casos, o grosso do passivo de um fornecedor em estado de crise econômico-financeira pode ser formado de débitos decorrentes de contratos de consumo não adimplidos ou não executados a contento, por conta justamente de sua situação econômica deficitária, tal como ocorre com empresas de viagem, incorporadoras e construtoras de imóveis, instituições privadas de ensino, dentre outros.

Neste plano o conjunto de leis que compõem o ordenamento jurídico-concursal brasileiro, salvo algumas exceções pouco atenta para a figura do consumidor no seu contexto, tanto que quando se fala em defesa do consumidor no juízo concursal, tem-se que todo o sistema jurídico composto para a tutela processual do consumidor se reduz frente às normas genéricas previstas pelo direito concursal.

Assim, por serem as regras de direito concursal e as regras de direito do consumidor, normas que servem à disciplina da ordem econômica, imperioso para os fins de verificar nos instrumentos dos processos concursais aqueles que atendam ao princípio de defesa do consumidor, em especial nos processos de falência de empresas, tal somente ocorre se ambos os conjuntos normativos forem informados por princípios comuns, neste caso o princípio da defesa do consumidor, como princípio geral da ordem econômica.

Deste modo a problemática do presente estudo gira em torno da incidência ou não do princípio da defesa do consumidor sob a lei 11.101/2005 e de que modo esta incidência pode vir a proporcionar a efetivação da defesa dos interesses do consumidor no âmbito dos procedimentos por ele regulados.

A questão posta tem como justificativa a presença no ordenamento jurídico pátrio, de alguns consumidores que merecem diante de situações de crise-econômica financeira dos seus fornecedores, tutela diferenciada do Estado, exercida, via de regra, em caráter coletivo, primando pela defesa de seus interesses, no caso interesses individuais homogêneos.

É o caso dos procedimentos de intervenção e liquidação extrajudicial a que se submetem instituições financeiras, consórcios e cooperativas de crédito; sociedades seguradoras, entidades abertas de previdência complementar e sociedades de capitalização; operadoras de plano de saúde; e, entidades fechadas de previdência complementar; respectivamente sujeitas à disciplina legal prevista da Lei 6.024/1974, Decreto-lei 73/1966, Lei 9.656/1998 e Lei Complementar 109/2001.

Referidos procedimentos concursais de maneira direta ou indireta trabalham com a diretriz de proteção de uma coletividade de consumidores composta por poupadores, correntistas, segurados, investidores de previdência privada, usuários de planos de saúde e outros; onde resta viabilizada a tutela coletiva de seus interesses, efetivando em suas normas o

princípio da defesa do consumidor, este parte reconhecidamente hipossuficiente nas relações de mercado.

Dentro deste contexto que está inserido o estudo ora desenvolvido, justamente visando a tutela dos consumidores que por conta da falência de seus fornecedores, nas mesmas condições dos acima citados, tenham necessidade de proteção análoga, porém, no contexto do processo falimentar regido pela Lei 11.101/2005.

Certo é que num procedimento concursal não se pode esperar a plena satisfação dos interesses dos credores nele envolvidos, em especial, o dos consumidores, mas no mínimo que todo o conjunto de instrumentos concebidos para a defesa de seus interesses pelo ordenamento jurídico não se perca no vão de um processo de falência ou de recuperação judicial, sob pena de inviabilizar a plenitude do princípio da defesa do consumidor.

O objetivo do presente estudo é analisar a tutela jurídica dos consumidores tendo como referencial o princípio informativo constitucional da ordem econômica, que impõe a defesa do consumidor como um de seus valores essenciais e limite objetivo da atuação dos agentes econômicos no mercado nacional, e sua subsunção à disciplina dos procedimentos concursais previstos na Lei 11.101/2005.

Para tanto, na primeira seção do estudo ora desenvolvido, fala-se da relação do direito com o mercado e as empresas, na dinâmica da disciplina das diversas relações jurídicas aí postas, partindo daí para uma análise da ordem econômica e dos princípios que a regem com destaque para o princípio constitucional da defesa do consumidor.

Já na segunda seção se analisa a inserção das regras de direito concursal, tal qual as de direito do consumidor no bojo do ordenamento jurídico das atividades econômicas e sua necessária subsunção ao princípio constitucional da defesa do consumidor, com fulcro nos objetivos aqui delineados para este estudo.

Tal análise se fez por meio de uma abordagem histórica, para a contextualização dos preceitos normativos envolvidos no debate das questões ora postas, cujas abordagens científicas tais como a comparativa e a dedutivo-bibliográfica, se farão úteis para verificação e observação das teorias e da prática, a fim de gerar enunciados sintéticos, onde as constatações particulares, a respeito da matéria, levarão à generalização do tema.

Dentre os processos metodológicos utilizados, têm destaque o analítico-sintético, tendo em vista a necessidade de se buscar no princípio constitucional da proteção ao consumidor sua configuração genérica, bem como sua instrumentalização no Direito Pátrio, de modo a formular um enunciado genérico aplicável ao específico disposto nas regras da Lei

11.101/2005 disciplinadoras da falência, de modo a permitir sua reconstituição textual nos exatos limites objetivados pela presente pesquisa.

Por fim, em razão da peculiaridade da pesquisa ser no campo da Ciência do Direito será utilizado o processo metodológico dogmático-jurídico, específico da Ciência do Direito, consistente da análise da lei e da doutrina, de modo a interpretar as normas jurídicas objeto do estudo, no contexto do método dialético, para o almejo dos fins nele colimados, tudo por meio de uma leitura de método dialético, próprio das ciências culturais.

# 1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DEFESA DO CONSUMIDOR

## 1.1 DIREITO, MERCADO E EMPRESA

Uma vez que a proposta do presente trabalho é estudar a incidência do princípio da defesa do consumidor no contexto da regulação dos procedimentos concursais, imperioso situar o Direito do Consumidor e suas regras, assim como as próprias normas de Direito Concursal<sup>1</sup>, dentro de uma perspectiva mais ampla, sob a qual um e outro sistema normativo, tem na verdade um substrato comum, qual seja, a de regularem deferentes aspectos das relações econômicas, que por circunstâncias de fato podem exigir o entrelaçamento de suas normas, cujo conflito ou lacuna superar-se-á pela aplicação do princípio constitucional da defesa do consumidor.

Daí a importância de num primeiro momento, identificar que tanto as normas de direito concursal como as de direito do consumidor compõem parte da ordem jurídico-econômica e subsumem-se muitas vezes aos mesmos princípios gerais que as orienta, dentre os quais merece destaque, aqui no presente, o princípio da defesa do consumidor.

A fim de demonstrar a coerência da proposta alinhada no presente estudo, inicia-se com as lições que Eros Roberto Grau dá sobre a atuação do Estado e conseguinte do direito por ele posto na disciplina das relações econômicas, colocando o autor citado que:

O Estado moderno nasce sob a vocação de atuar no campo econômico. Passa por alterações, no tempo, apenas a seu modo de atuar, inicialmente voltado à *constituição* e à *preservação* do modo de produção social capitalista, posteriormente à *substituição* e *compensação* do mercado.<sup>2</sup>

Tal conclusão deriva de uma análise histórica pelo autor empreendida, segundo o qual o Estado, desde o momento em que assume a feição de Estado burguês dos tempos modernos,

---

<sup>1</sup> Expressão usada para significar o direito cujo objeto é o estudo da disciplina daquilo que Nelson Abrão nomina como *procedimentos concursais*, que segundo o citado autor seriam: “(...)as várias formas de processo, administrativo ou judicial, aplicáveis na regulação jurídica da situação de crise econômica de um devedor, empresário, ou não, conforme o sistema legal que os adota. Esse distúrbio econômico traz conseqüências no plano financeiro, fazendo com que aquele que o sofre se torne incapaz definitivamente de pagar em dia suas dívidas e, como tal, insolvente.” (Cf. ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 13.). Também conhecido como *direito falimentar*, cuja significação será melhor tratada em próxima seção do presente trabalho.

<sup>2</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 17.

quando ocorre a ascensão da burguesia como classe dominante, econômica e politicamente, até o período do início do século XX, era um Estado dado a produzir o direito e a segurança<sup>3</sup>, ou seja, um Estado encarregado de assegurar aos detentores do capital o “deixai fazer” do liberalismo clássico, que passa em seqüência para um estado intervencionista na seara econômica.

Como conclui Eros Roberto Grau:

(...)

- (i) a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhes são próprias;
- (ii) essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do direito positivo, direito posto pelo Estado;
- (iii) este direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos.<sup>4</sup>

Determinismos estes do mercado configurados pela busca incessante dos detentores dos meios de produção pelo máximo lucro à custa da exploração da força de trabalho e dos recursos de produção, fatores que se exacerbados podem constituir a ruína do sistema capitalista e da sociedade onde ele vige, exigindo assim uma mudança de perspectiva na regulação das atividades econômicas, passando as regras jurídicas postas pelo Estado a prever maior intervenção do mesmo no contexto das relações econômicas.

Deste modo Eros Roberto Grau ensina que:

(...) o mercado – além de lugar e *princípio de organização social* – é instituição jurídica (= institucionalizado e conformado pelo direito posto pelo Estado). Sua consistência é função da *segurança e certeza jurídicas* que essa institucionalização instala permitindo a previsibilidade de comportamentos e o cálculo econômico.<sup>5</sup>

Como tal o mercado e seus agentes têm regulação estatal decorrente de suas necessidades de segurança e certeza e também das necessidades de se impor limites e freios ao seu poder, centrado nos detentores do capital face àqueles que a ele se subordinam (trabalhadores) ou daqueles que o mantém numa relação de mutualidade e interdependência, no caso os consumidores.

---

<sup>3</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 29.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 35.

Ora, a história é testemunha de que no momento em que a empresa se inseriu como elemento sócio-econômico fundamental da sociedade capitalista, ou seja, a partir da Revolução Industrial, em especial de sua segunda etapa, que teve início na segunda metade do século XIX, viu-se uma avalanche de grandes avanços tecnológicos, tais como: a transformação do ferro em aço; o motor a combustão interna que introduziu o uso do petróleo como combustível e fonte de energia em substituição ao carvão; a descoberta da eletricidade como fonte de energia e sua utilização como força motriz para as máquinas; o surgimento e ampliação dos meios de transporte, tais como a ampliação de ferrovias, seguida da invenção do avião e do automóvel<sup>6</sup>.

Tais fatos impulsionaram a expansão imperialista européia sobre a Ásia e a África, objetivando a busca de novos mercados e fontes de matérias primas, além do que, com a criação das linhas de produção e o aperfeiçoamento dos processos que almejaram sua racionalização e maior produtividade, eis que surgiam os grandes conglomerados econômicos detentores dos meios de produção, das fontes de matérias-primas e de grande parte do mercado consumidor<sup>7</sup>.

Essa dinâmica autofágica impôs ao Estado e ao direito por ele posto a necessidade de preservar as instituições de mercado e os detentores dela de sua própria ânsia de acumulação de riquezas, estabelecendo normas não só de *constituição* dos institutos de mercado e das empresas como também de *preservação* das mesmas<sup>8</sup>.

Essa regulação tem nascedouro na Constituição, que nos dizeres de Fabio Konder Comparato:

(...) não se limita a organizar as funções do Estado, mas regula também o exercício de poderes no âmbito da sociedade civil; se a vida política não se dissocia da atividade econômica – aquela pertinente à esfera estatal e esta reservada à vida privada – como assoalhava a ideologia liberal, é fora de dúvida que a verdadeira reconstitucionalização do país passa por uma reorganização da sociedade civil e, nesta, por uma nova disciplina da empresa, sua instituição-chave.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> DORIGO, Gianpaolo; VICENTINO, Cláudio. *História geral e do Brasil*. São Paulo: Scipione, 2001. p. 334.

<sup>7</sup> HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. (trad. Waltensir Dutra) 21. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1986. p. 218.

<sup>8</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 18.

<sup>9</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo/SP, ano 22, n. 50, pp. 49-74. abr/jun. 1983. p. 49.

Esta “instituição-chave” conforme dito por Fabio Konder Comparato<sup>10</sup>, assume relevância jurídica impar na exata medida em que significa uma verdadeira mudança no foco do regime jurídico-mercantil, outrora fulcrado na idéia de atos de comércio, fazendo-o mudar de rumo, passando, desde então, a girar em torno da atividade econômica marcada pela organização dos fatores de produção para a criação e oferta de bens e serviços e daquele que a impulsionasse, respectivamente a *empresa* e o *empresário*.<sup>11</sup>

O empresário, conforme preceituado no art. 966 do Código Civil, é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada voltada para a produção e circulação de bens ou de serviços, sendo assim sujeito de direitos.

Contudo, destaca-se, que a *empresa* não resta conceituada apesar de servir de nome para a teoria que ilustra toda a mudança de objeto a que se sujeitou o Direito Comercial, “Teoria da Empresa”, bem como deu origem a novas áreas do estudo jurídico dedicadas a regular atos e fatos relacionados com a idéia de empresa e todo o conjunto de relações sociais que em seu entorno se desenvolvem.

Como ensina Fábio Ulhoa Coelho<sup>12</sup>:

A disciplina jurídica da exploração da atividade econômica tem sido objeto de dois diferentes níveis de abordagem da tecnologia. De um lado, temas como o controle de preços, a intervenção do estado na economia, a fiscalização da localização da atividade, o controle da segurança de uso de imóveis comerciais e industriais, a tutela do meio ambiente, e outros, têm atraído a atenção de estudiosos de diversos sub-ramos do direito público, como o urbanístico, ambiental, econômico, tributário e administrativo. De outro, as relações obrigacionais envolvendo apenas os exercentes de atividades econômica e particulares, incluindo a concessão de crédito, a tutela dos sinais distintivos, as relações entre os sócios de um empreendimento, o concurso de credores em caso de insolvência, constituem sub-ramos do direito privado, assim o civil, comercial, cambiário e industrial. A esses dois níveis de abordagem tecnológica da disciplina jurídica da atividade econômica, segundo um enfoque assente, mas não inteiramente indiscutível corresponderiam diferentes sistemas jurídicos.

---

<sup>10</sup> Ibid., p. 49.

<sup>11</sup> SILVA, Fernando Melo da. *O princípio da preservação da empresa em crise e os instrumentos para sua manutenção na atual lei de falências e concordatas*. Franca: Faculdade de História, Direito e Serviço Social – UNESP/Franca. 215 f. Dissertação (Mestrado em Direito).

<sup>12</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 7-8.

Daí a relevância de se perquirir de seu conteúdo semântico para o direito, eis que em vários dispositivos legais se usa a expressão ‘empresa’ no sentido de delimitação da amplitude de sua incidência sobre o fato ou ato jurídico por ela disciplinado.

É o que ocorre no caso da Constituição Federal de 1988 quando em muitos de seus artigos menciona “*empresa*” ou ainda “atividade econômica” de modo a traçar-lhes princípios e regras de regulamentação estruturais da ordem econômica em geral, ou de determinados setores de atividade, ou ainda disciplinar interesses soberanos da nação brasileira, conforme se verifica da leitura de alguns dispositivos constitucionais, tais quais os do art. 170, IX e seu parágrafo único; art. 173, art.174; § 1o. , do art. 176; art. 199, § 3o.; art. 222; entre outros ao longo da mesma.

A lei 6.404 de 1976, que dispõe sobre a sociedade por ações, em seu art. 2o., caput, afirma que:

Art. 2o. Pode ser objeto da companhia qualquer **empresa** de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. (grifos nossos)

A lei 8.934 de 1994, em seu preâmbulo afirma que:

Dispõe sobre o Registro Público de **Empresas** Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. (grifo nosso)

O que se percebe é que a utilização da palavra “*empresa*” ou da expressão sinônima “atividade econômica” vem designar, em sua maioria, a empresa como atividade, voltada essencialmente para obtenção de lucros através da colocação no mercado de bens ou de serviços, e muito menos como empreendedor, ou mais especificamente como empresário.

Corroborando o acima colocado, salienta Jorge Rubem Folena de Oliveira que:

A teoria da empresa já se faz sentir algum tempo em nosso ordenamento jurídico, como pode-se verificar através da atual Lei das S/A (Lei 6.404/76), especificamente aplicável para as associações que adotem a forma de sociedade anônima.

Com a vigência da Lei 8.934, de 18.11.94 (DOU de 21.11.94), que dispõe sobre o Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades Afins, a teoria da empresa, de forma geral, foi acolhida em nosso Direito Positivo, vez que esta lei é extensível a todas as formas de associação ou exercício de atividade individual com fins lucrativos, independentemente do objeto-praticado.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. A possibilidade jurídica da declaração de falência das sociedades civis com a adoção da teoria da empresa no direito positivo brasileiro. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, ano 37, n.113, pp.137-147. jan./mar., 1999. p. 143.

O mencionado autor, ao falar da teoria da empresa e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio, ressalta, como acima visto, o aspecto prevalecente da atividade econômica como matriz caracterizadora de empresa.

Ensina Fábio Ulhoa Coelho que:

“Conceitua-se empresa como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou de serviços, gerados mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia).”<sup>14</sup>

Nesta linha prevalece sendo a *atividade econômica* como um ente abstrato cuja definição presta-se a caracterizar diversos atos ou fatos, outrora denominados simplesmente de *empresa*. Atos e fatos estes que no contexto de uma relação intersubjetiva, que em um de seus pólos possui sempre um *agente* (sujeito de direitos) detentor dos meios para a execução da atividade escolhida, conforme uma liberdade outorgada pelo ordenamento jurídico estatal (liberdade de iniciativa), interagindo num universo denominado *mercado*, onde mediante certeza e segurança, procedem às trocas, fazendo circular as riquezas.

Desse modo a estrutura sistêmica da regulação das atividades econômicas se dá, primeiro, num plano constitucional, donde advém não só as normas essenciais garantidoras da liberdade de empreender, como também asseguradoras dos limites de atuação desta liberdade, refletindo sobre a construção e interpretação das normas infraconstitucionais reguladoras do exercício da atividade econômica, seja no plano do direito público ou do direito privado.

Neste sentido atuam as normas e principalmente os princípios constitucionais regentes da ordem econômica, cujo destaque, ressalte-se para os fins do presente trabalho é o da defesa do consumidor.

## **1.2 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PRINCÍPIO GERAL DA ORDEM ECONÔMICA**

### **1.2.1 Princípio geral de direito e ordenamento jurídico**

---

<sup>14</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 18.

Como visto alhures a estrutura sistêmica da regulação das atividades econômicas se dá, *ab initio*, no plano constitucional, donde advém não só as normas essenciais garantidoras da liberdade de empreender, como também asseguradoras dos limites de atuação desta liberdade, refletindo sobre a construção e interpretação das normas infraconstitucionais reguladoras do exercício da atividade econômica, seja no plano do direito público ou do direito privado, ganhando destaque neste contexto os princípios.

Neste contexto, entendida a ordem econômica como:

(...) conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser).<sup>15</sup>

Reitere-se que a ordem econômica, se estrutura por conta do direito posto, que renova-se na medida em que as relações econômicas exigem, tendo nesta linha normas que tratam de impor limites aos determinismos de seus agentes<sup>16</sup>, assumindo assim os princípios relevo maior na sistemática normativa posta.

Nesta linha compõe referidas normas, nos termos do que ensina Paulo de Barros Carvalho<sup>17</sup> um sistema, na medida em que se relacionam de várias maneiras, segundo um princípio unificador, de modo que as normas do sistema jurídico estão dispostas de forma hierarquizada, regida pela fundamentação ou derivação, formando um sistema prescritivo.

Referido ordenamento jurídico tem na Carta Magna papel fundamental na sua dinâmica sistemática, pois nela estão traçadas as características dominantes das várias instituições que a legislação comum, posteriormente desenvolverá, imprimindo assim, homogeneidade ao conjunto formando um sistema monoempírico prescritivo.

Daí a necessidade uma pequena e desprezível digressão acerca da definição de *princípio geral de direito*, digressão esta que tem início com a busca do significado do que seja princípio, que segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa<sup>18</sup> é:

---

<sup>15</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 70.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 17 et seq.

<sup>17</sup> CARVALHO, Paulo Barros de. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008. p. 213-214.

<sup>18</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, elaborado no Instituto Antonio Houaiss de Lexicografia e Bancos de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2299.

(...) **1** o primeiro momento da existência (de algo), ou de uma ação ou processo; começo, início [*p. da vida na Terra*] [*no princípio do casamento*] [*p. da exploração de petróleo neste país*] **2** o que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz, razão **3** ditame moral; regra, lei, preceito [*foi educado sob p. rígidos*] [*não cede por uma questão de p.*] [*é um homem sem princípios*] **4** dito ou provérbio que estabelece norma ou regra [*faça o bem sem olhar a quem é um bom p.*] **5** proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos [*princípios da física, da matemática*] **5.1 FÍS** lei de caráter geral com papel fundamental no desenvolvimento de uma teoria e da qual outras leis podem ser derivadas **6** proposição lógica fundamental sobre a qual se apóia o raciocínio [*partir de um p. falso*] **7 FIL** fonte ou causa de uma ação **8 FIL** proposição filosófica que serve de fundamento a uma dedução(...)

No mesmo sentido se manifesta Silvio de Macedo<sup>19</sup> ao conceituar princípio, afirmando que:

Vocábulo oriundo do latim *principium*, que significa começo, origem, ponto de partida. Na linguagem científica: fundamento causa. Termo introduzido na filosofia por Anaximandro. Aristóteles enumera os vários sentidos do termo “princípio”, na *Metafísica*, Liv. V, 1, 1012b 32-1013a 19, aduzindo à enumeração antiga mais o sentido de “causa”. Cristian Wolff, no século XVIII, define o princípio como aquilo “que contém em si a razão de alguma coisa” (Ontologia, § 866), de modo análogo ao de Aristóteles.

---

<sup>19</sup> MACEDO, Silvio de. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977. p. 504.

Como se pode verificar, de todos os significados que assume a palavra princípio, um dos que mais se aproximam do objeto do presente estudo é, primeiramente, o de *início, base, essência*, uma vez que todo princípio traz incito na sua estruturação a idéia de alicerce, fundamento para algo.

Além desse, o outro significado que se destaca é o de *preceito de natureza geral, regra*, ou seja, assume o princípio uma natureza dogmática no exato sentido em que muitas vezes é utilizado como *norma básica* que justifica a formação de um sistema.

No mesmo sentido, mais uma vez relevante é a lição de Paulo de Barros de Carvalho<sup>20</sup>, ao expor sobre princípio lecionando que:

(...) princípio é palavra que freqüenta com intensidade o discurso filosófico, expressando o 'início', o 'ponto de origem', o 'ponto de partida', a 'hipótese limite' escolhida como proposta de trabalho. Exprime também as formas de síntese com que se movimentam as meditações filosóficas ('ser', 'não-ser', 'vir-a-ser' e 'dever-ser'), além do que tem presença obrigatória ali onde qualquer teoria nutrir pretensões científicas, pois toda ciência repousa em um ou mais axiomas (postulados). Cada 'princípio', seja ele um simples termo ou um enunciado mais complexo, é sempre susceptível de expressão em forma proposicional, descritiva ou prescritiva.

Nesta linha ao se fazer uma associação das idéias aqui destacadas, pode-se afirmar que princípio seria regra fundamental e estrutural de um sistema, ou conforme bem explica Carlos Ari Sundfeld:

Os princípios são idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. (...) A enunciação dos princípios de um sistema tem, portanto, uma primeira utilidade evidente: ajudar no ato do conhecimento.

Assim é evidente a função que tem o princípio de propiciar a compreensão global de um sistema e de viabilizar sua identificação, de modo a permitir a sua distinção relativa a outros sistemas.

Angel Latorre<sup>21</sup>, sobre o tema, no direito, em especial no direito positivo, discorre que:

Por princípios gerais do direito entendem-se os enunciados gerais a que se subordina um conjunto de soluções particulares. Não devem confundir-se com as normas jurídicas, por mais amplas que estas sejam. Tanto as normas como os princípios são gerais, mas uma norma jurídica estabelece-se para um número indeterminado de actos ou factos e só rege para esses actos ou

<sup>20</sup> CARVALHO, Paulo Barros de. Direito tributário, linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2008. p. 255.

<sup>21</sup> LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 1997. p. 87.

factos. Um princípio, pelo contrário, comporta uma série indefinida de aplicações. Pode dizer-se, assim, que as regras jurídicas são aplicações dos princípios, a não ser que estabeleçam excepções a eles.

Nos dizeres do mencionado autor tem-se que os princípios se configuram como regras gerais que permeiam a estruturação jurídico-positiva de um sistema, tal qual se verifica para sua utilização em outras ciências.

Nesta linha se pronuncia Caio Mario da Silva Pereira<sup>22</sup>, ao afirmar que:

(...)a invocação dos *princípios gerais de direito*, com a qual o aplicador investiga o pensamento mais alto da cultura jurídica, juntamente com a fixação da orientação geral do ordenamento jurídico, e os traz ao caso concreto. Perquire o pensamento filosófico sobranceiro ao sistema, ou as idéias estruturais do regime, e impõe a regra em que dada espécie se contém implícita no organismo jurídico nacional.

E segue o citado autor<sup>23</sup> afirmando que:

Todo direito observa linhas de orientação genérica, premissas implícitas a que o legislador se sujeita, como sejam, as tendências democráticas ou totalitárias, a realização de uma economia capitalista ou socialista, a sujeição a dados morais essenciais, como a infra-estrutura cristã ou marxista. Descendo ao exame, encontram-se princípios dominantes em certos ramos do direito, como a proteção ao empregado no direito do trabalho ou a flexibilidade do crédito no direito mercantil. Aprofundando na análise, buscam-se inspirações específicas de certas províncias ou de determinadas instituições, como seja a idéia de amparo aos filhos no direito de família ou o princípio da autonomia no direito do contrato. Os princípios gerais de direito, no dizer de Cogliolo, são então aquelas regras oriundas da abstração lógica daquilo que constitui o substrato comum das diversas normas positivas.

De forma mais ampla Paulo de Barros de Carvalho<sup>24</sup>, diz que o termo “princípio” assume diversas acepções semânticas passando a ter vários usos que seriam:

---

<sup>22</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v.1. p. 49.

<sup>23</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v.1. p. 49.

<sup>24</sup> CARVALHO, Paulo Barros de. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008. p. 256.

(...) a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente das estruturas normativas; e d) como limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Nos dois primeiros, temos 'princípio' como 'norma', nos dois últimos, 'princípio' como 'valor' ou como 'critério objetivo'.

Ou seja, as normas jurídicas têm como substrato básico ou limite de alcance objetivo os princípios gerais de direito, podendo algumas servir para sua explicitação, vez que alguns princípios jurídicos podem também ser implícitos, contudo sem perder, na sua configuração normativa ou valorativa, o caráter de linha diretiva que ilumina a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de valor de agregação.

Assim sendo, como bem adverte Luis Antonio Rizzatto Nunes<sup>25</sup>, o princípio geral de direito não se constitui em mera regra abstrata, mas sim em norma de influência efetiva sobre o sistema jurídico do qual faz parte, servindo-lhe como base para sua formação e determinando o exato alcance a ser dado à interpretação de qualquer norma que o componha.

Nesta mesma linha de raciocínio segue o citado autor:

Não é preciso, pois, nada aguardar, nada postergar, nem imaginar que o princípio fique apenas edulcorando o universo ético, como a constelação iluminando o céu. Ele é real, palpável, substancial, e por isso está presente em todas as normas do sistema jurídico, não podendo, por conseqüência, ser desprezado. (...)Os princípios situam-se no ponto mais alto de qualquer sistema jurídico, de forma genérica e abstrata, mas essa abstração não significa incidência no plano da realidade. É que, como as normas jurídicas incidem no real e como elas devem respeitar os princípios, acabam por leva-los à concretude.<sup>26</sup>

Dessa forma, como bem colocado acima, os princípios gerais de direito não são meros instrumentos para supressão de lacunas no ordenamento jurídico positivo, como faz crer a

---

<sup>25</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 164.

<sup>26</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.p. 164.

regra constante no art. 4o. da Lei de Introdução ao Código Civil ou a regra constante do art. 126 do Código de Processo Civil, mas sim a sua base estrutural, a essência que compõe o amálgama, a premissa maior que lhes dá sustentação lógica, bem como os limites conjunturais e estruturais para a interpretação das normas jurídicas de um determinado sistema.

### **1.2.2 A defesa do consumidor como princípio da ordem econômica**

Ao afirmar Eros Grau<sup>27</sup> que os determinismos do mercado configurados pela busca incessante dos detentores dos meios de produção pelo máximo lucro à custa da exploração da força de trabalho e dos recursos de produção, exigiram uma mudança de perspectiva na regulação das atividades econômicas, passando as regras jurídicas postas pelo Estado a prever maior intervenção do mesmo no contexto das relações econômicas, verifica-se a clara função do direito posto pelo mesmo no sentido de impor limites à liberdade de empreendimento e acumulação de riquezas do sistema capitalista de produção.

E continua o autor a afirmar que o mercado assume configuração de uma instituição jurídica posta e conformada segundo os ditames do ordenamento posto<sup>28</sup>, cuja conformação alberga de um lado a figura do empresário e de outro aquele a quem dirige sua atividade e de onde pretende obter o lucro com a produção e circulação de produtos ou a prestação de serviços, no caso, o *consumidor*.

Este num primeiro momento entendido como sendo todo aquele que adquire produtos ou requer a prestação de serviços de um determinado empresário, sem distinguir ainda, aquele que o faz como seu destinatário final ou aquele que o faz no contexto daquilo que Newton de Lucca<sup>29</sup> chama de consumo intermédio, ou seja, “(...) aquele que é utilizado pelas empresas dos bens de serviços necessários para o processo produtivo, consoante consagrada definição existente sobre a matéria.”

No momento em que se faz a devida distinção entre as diferentes formas de consumo e de consumidor, verifica-se que o consumidor, caracterizado como destinatário final do produto ou do serviço oferecido pelo empresário fornecedor (art. 2º. do CDC), este carece de

---

<sup>27</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 30.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>29</sup> LUCCA, Newton De. *Direito do consumidor: teoria geral da relação de consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 120.

tratamento diferenciado do direito a partir do momento em que o *mercado*, em uma de suas faces vira *mercado de consumo*.

Como bem observa Ada Pellegrini Grinover e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin<sup>30</sup>, antes do século XVIII e das grandes descobertas que deram impulso à Revolução Industrial, comprador (diga-se consumidor) e vendedor (diga-se fornecedor), encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha, até porque se conheciam, no pólo do consumidor estes eram poucos dado a pouca capacidade de aquisição de bens e de serviços que dada à especificidade e complexidade do processo de produção eram caros e de parca acessibilidade.

O direito civil e o direito comercial outrora suficientes para a disciplina jurídica daquilo que equivalia ao que hoje se dá o nome de *relações de consumo*, eis que a base dessas relações era relativamente igualitária, passaram a se tornar insuficientes na sua tarefa de regulamentar de forma justa os interesses envolvidos naquele tipo específico de relação jurídica, na exata medida em que os produtos começaram a sair das unidades de produção em grandes quantidades, chegando ao consumidor final após a passagem por uma cadeia muito grande de intermediários.

A ideologia do liberalismo econômico que acompanhou a Revolução Industrial, fez consolidar a crença de que o desenvolvimento do todo social está na dependência da liberdade do indivíduo para realizar e construir um mundo novo, tornando-se o individualismo a marca indelével que impregnou o direito ao mesmo tempo em que a realidade social já carecia de novo conjunto normativo hábil a disciplinar fatos e situações completamente ignorados até então.

Como decorrência da Revolução Industrial, surgia a sociedade de consumo, hoje caracterizada por um número crescente de produtos, serviços, pelo domínio do crédito e do marketing, bem como pelas dificuldades de acesso à justiça, o que torna obsoletos o direito clássico (civil e comercial) em sua original conformação, cuja responsabilidade derivada de um contrato ou de um ato ilícito (teoria subjetiva da culpa) ensejava o ressarcimento de eventuais danos, mas com acentuada lentidão e de forma um tanto dispendiosa.

---

<sup>30</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 6-7.

Neste prisma o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) assume uma posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, passa a “ditar as regras”<sup>31</sup>, colocando o consumidor numa posição de *vulnerabilidade*.

Por ter a vulnerabilidade do consumidor diversas causas, não pode o Direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente em relação a alguma ou mesmo a algumas facetas do mercado. Não se busca uma tutela manca do consumidor. Almeja-se uma proteção integral, sistemática e dinâmica. E tal requer o regramento de todos os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, sejam outros que se manifestam como verdadeiros instrumentos fundamentais para a produção e circulação destes mesmos bens: o crédito e o marketing.<sup>32</sup>

O modelo da auto-regulamentação que inspira o mercado e seus agentes, onde fornecedores e consumidores encarregam-se da tarefa de extirpar as práticas perniciosas, como visto, de forma isolada é pouco eficaz no mister de suprir a vulnerabilidade do consumidor.

Daí o surgimento do Estado, com um papel de extrema relevância a desempenhar no deslinde da presente questão, surgindo como complemento da auto-regulamentação imposta pelo mercado, por meio do intervencionismo estatal, que especificamente nesta área das relações entre consumidor e fornecedor, atua regulamentado a relação de consumo de forma a restabelecer o equilíbrio entre as partes nela envolvidas.

Neste contexto, volta-se aos determinismos do mercado, que sem limites objetivos em nada consideraria a circunstância da pessoa física ou jurídica destinatária final dos produtos e serviços produzidos pelas empresas fornecedoras.

Poder consumir, nos dias de hoje, num plano sócio-econômico, é ter cidadania, é possuir condições de participar de uma instituição essencial (o mercado) do sistema capitalista de produção.

Não ter renda ou condições de participar deste processo social é dele ser excluído, é uma cidadania vazia, quase morta para o hoje, daí a intervenção do Estado ao disciplinar as relações jurídicas decorrentes do consumo em massa, que somente assegurará dignidade à pessoa do agente consumidor, se proteção jurídica específica ele tiver, vez que como acentuado por Eros Roberto Grau<sup>33</sup>, “(...) consumidor é, regra aquele que se encontra em uma

---

<sup>31</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 6.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>33</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 251.

posição de *debilidade e subordinação estrutural* em relação ao produtor do bem ou do serviço de consumo.”

E sendo a dignidade da pessoa humana eleita no art. 170 da Constituição Federal de 1988, como valor a ser considerado no contexto da disciplina das relações da ordem econômica, nada mais lógico que tal princípio, fosse necessariamente efetivado por outro, no caso, o princípio da defesa do consumidor, inserto no inciso V do mesmo art. 170 da CF/88.

Como anota Eros Roberto Grau<sup>34</sup>, o princípio constitucional da defesa do consumidor é:

Princípio constitucional impositivo (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a feição de diretriz (Dworkin) – norma objetivo – dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas.

Ao princípio confere a Constituição, desde logo, concreção nas regras inscritas nos seus arts. 5º., XXXII – “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” -, 24, VIII – responsabilidade por dano ao consumidor -, 150, § 5º. – “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços” -, e 48 das Disposições Transitórias – determinação de que o Congresso Nacional elaborasse, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, código de defesa do consumidor.

Deste modo, a defesa do consumidor erige-se no cerne da Constituição como princípio regulador da ordem econômica e das normas que servem à sua disciplina, concretizando-se por meio dos preceitos constitucionais citados e se efetivando por meio de específica normatividade que discipline dentre outras coisas: os conceitos de consumidor e fornecedor; disposições sobre a política de relações de consumo; direitos básicos do consumidor; sobre o sistema nacional de defesa do consumidor; definições de direito material sobre produto e serviços e os seus consectários jurídicos e práticos, tais como qualidade, segurança e responsabilidade, assim como prazos e formas de fluxos diferenciados de prescrição e decadência; regulamentação das práticas comerciais – cláusulas contratuais, informação e publicidade; sanções administrativas e penais; disposições inovadoras, tais como a disciplina dos bancos de dados cadastrais, e; tutela diferenciada dos interesses do consumidor em juízo, tal como ocorre no atual Código de Defesa do Consumidor.

Referido campo específico do direito positivo e da ciência do direito não se constitui como um direito de classe, mas sim, como um direito de ordem pública e de interesse social,

---

<sup>34</sup> Ibid., p. 249.

fatores estes denotados pelo assento constitucional do princípio expresso no V, do art. 170 da CF/88, que limita a liberdade de iniciativa ao respeito dos bens e interesses do consumidor, bens e interesses estes de natureza difusa, numa espécie de simbiose, segundo Bobbio<sup>35</sup>, onde estaria o direito do consumidor entre os direitos de segunda e terceira geração, ou seja, entre os de natureza social, voltados para a mitigação das desigualdades resultantes do conflito de classes, e, os de natureza difusa, cujo foco seria a proteção de interesses da sociedade (ou da humanidade) como um todo.

Por conta do princípio constitucional que assenta o valor da defesa do consumidor como baliza para a contenção das liberdades dos agentes do mercado, sua efetivação se dá nos vários planos da regulação da atividade econômica, manifeste-se ela no plano do individual, do social ou do difuso, razão pela qual não escapam as normas de direito concursal, em especial as da Lei 11.101/2005, que disciplina a falência e a recuperação de empresas, do espectro de abrangência do princípio da defesa do consumidor.

---

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto apud ALMEIDA, Luiz Cláudio Almeida. A legitimidade do ministério público para a defesa dos interesses individuais homogêneos do consumidor: um caminho para a eficácia social da norma dentro de um modelo garantista. *Revista de direito do consumidor*. n. 52, out/dez. 2004, pp 66-91. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 68.

## 2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR NO DIREITO CONCURSAL

### 2.1 O DIREITO CONCURSAL NO CONTEXTO DA REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

O primeiro passo neste tópico do presente trabalho é o enquadramento das normas de direito concursal no contexto do direito posto a serviço da ordem econômica.

Neste passo importante lembrar a lição de Fábio Ulhoa Coelho<sup>36</sup> já citada no contexto do presente estudo segundo a qual:

A disciplina jurídica da exploração da atividade econômica tem sido objeto de dois diferentes níveis de abordagem da tecnologia. De um lado, temas como o controle de preços, a intervenção do estado na economia, a fiscalização da localização da atividade, o controle da segurança de uso de imóveis comerciais e industriais, a tutela do meio ambiente, e outros, têm atraído a atenção de estudiosos de diversos sub-ramos do direito público, como o urbanístico, ambiental, econômico, tributário e administrativo. **De outro, as relações obrigacionais envolvendo apenas os exercentes de atividades econômica e particulares**, incluindo a concessão de crédito, a tutela dos sinais distintivos, as relações entre os sócios de um empreendimento, **o concurso de credores em caso de insolvência, constituem sub-ramos do direito privado**, assim o civil, comercial, cambiário e industrial. A esses dois níveis de abordagem tecnológica da disciplina jurídica da atividade econômica, segundo um enfoque assente, mas não inteiramente indiscutível corresponderiam diferentes sistemas jurídicos. (grifos nossos)

Nesta se tem que a disciplina da falência do empresário, de sua possibilidade de reorganização e recuperação econômico-financeira, no contexto dos novos paradigmas que influem na construção deste específico ramo do direito comercial, como parte daquilo que se pode chamar de direito empresarial privado.

Porém, direito falimentar ou simplesmente concurso de credores, não condiz com a conjuntura do quadro de normas jurídicas que visam à disciplina das relações dos credores com o devedor insolvente.

---

<sup>36</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 7-8.

Inicialmente, portanto, faz-se necessário definir de forma simples o que seja direito concursal, para, a partir de então verificar sua subsunção ao princípio da defesa do consumidor.

Para tanto, remete-se ao que preleciona o professor Nelson Abrão ao definir o que seja *procedimentos concursais*:

Procedimentos concursais são as várias formas de processo, administrativo ou judicial, aplicáveis na regulação jurídica da situação de crise econômica de um devedor, empresário, ou não, conforme o sistema legal que os adota. Esse distúrbio econômico traz conseqüências no plano financeiro, fazendo com que aquele que o sofre se torne incapaz definitivamente de pagar em dia suas dívidas e, como tal, insolvente.<sup>37</sup>

Neste contexto *direito concursal* seria o específico sub-ramo do direito dedicado ao estudo dos procedimentos concursais, tal qual acima definido, eis que estes procedimentos englobam alguns aspectos comuns, que no plano do direito comparado, se apresenta de forma jurídico-positiva unificada, ou seja, um único diploma legal a disciplinar todas as diversas questões decorrentes da insolvência de todas as classes de devedores, sem distinção.<sup>38</sup>

Ainda com lastro na conceituação acima delineada por Nelson Abrão, percebe-se que o elemento chave sobre o qual se debruça o direito concursal e em que pende toda a sua estruturação é a insolvência, que não só se resolve pela falência ou liquidação do devedor nesta situação (situação de crise econômico-financeira), mas também de outras formas que podem prevenir ou evitar a falência (v.g. recuperação judicial e extrajudicial), sempre em interação com os credores, daí a adoção da expressão *direito concursal* ao invés de *direito falimentar*, por abranger em seu sentido estas outras figuras jurídicas.

Voltando, sob o ponto de vista econômico, a *insolvência* configura-se como sendo o estado patrimonial do devedor que possui ativo inferior ao passivo, refletindo, nos dizeres de Darcy Bessone, um estado patológico da empresa<sup>39</sup>.

Referida situação difere do *inadimplemento*, que significa o fato do não cumprimento de uma obrigação, bem como se distingue da *impontualidade*, que se configura como modalidade de inadimplemento quando não cumprida uma obrigação no tempo ajustado, apesar de servir de referencial para a construção de conceitos próprios do direito concursal.

---

<sup>37</sup> ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p.13.

<sup>38</sup> LOBO, Jorge. *Direito concursa: direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

<sup>39</sup> BESSONE, Darcy. *Instituições de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 8.

A insolvência é precedida ou acompanhada do inadimplemento de uma obrigação, fazendo com que surja daí uma série de litígios, em especial entre devedor e credores, todos carecedores de uma regulamentação jurídica, cuja função é exercida pelo *direito concursal enquanto conjunto sistêmico de normas reguladoras da situação jurídica de um devedor em estado de crise econômico-financeira*.

Este conjunto sistêmico de normas jurídicas reguladoras de procedimentos concursais tem como base a regra da Lei 11.1101/2005, disciplinadora da falência, recuperação judicial e extrajudicial de empresários e sociedades empresárias em geral, ficando a cargo de leis específicas a disciplina de procedimentos concursais aplicáveis a certas e determinadas categorias de sociedades empresárias dedicadas ao exercício de específicas atividades econômicas, no caso, instituições financeiras, consórcios e cooperativas de crédito; sociedades seguradoras, entidades abertas de previdência complementar e sociedades de capitalização; operadoras de plano de saúde; e, entidades fechadas de previdência complementar; respectivamente sujeitas à disciplina legal prevista da Lei 6.024/1974, Decreto-lei 73/1966, Lei 9.656/1998 e Lei Complementar 109/2001.

Complementando este conjunto normativo vigem as regras sobre a *insolvência civil*, conhecida nos termos do CPC como *execução por quantia certa contra devedor insolvente*, disciplinada nos arts. 748 ao 786 do CPC e art.s 955 ao 964 do Código Civil, prestando-se à solução das questões jurídico-obrigacionais derivadas do estado de crise econômico financeira dos devedores não empresários, a exemplo das pessoas físicas não empresárias, das associações e fundações<sup>40</sup>.

Feitas estas colocações conclui-se que o direito concursal é parte do ordenamento jurídico disciplinador da atividade econômica, ficando na seara daquelas normas que servem à atuação estatal no sentido da preservação do mercado.

É tão evidente tal característica, visto que não só em sua maioria tais normas se prestam a disciplinar as conseqüências da insolvência para o devedor exercente de atividade econômica face seus credores, como também servem referidas normas para conferir a certeza

---

<sup>40</sup> Certo é que associações e fundações podem exercer atividade econômica a bem do cumprimento de seus fins e algumas adentrando e setores que ao Estado cabia exercer, substituindo-o naquilo que se chama de *terceiro setor*. Sobre o exercício da atividade econômica por fundações e associações em fins lucrativos cf. DINIZ, Gustavo Saad. *Direito das fundações privadas: teoria geral e exercício de atividade econômica*. 3. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

e segurança jurídica ao mercado e a seus agentes, imprescindíveis para a realização de qualquer negócio<sup>41</sup>.

Assim, inegável sua subsunção ao princípio da defesa do consumidor, devendo-se agora proceder à análise dos meios de instrumentalização deste preceito constitucional no contexto dos procedimentos constitucionais, com especial destaque neste trabalho para a falência do devedor empresário ou sociedade empresária, posta pela lei 11.101/2005.

## **2.2 A DEFESA DO CONSUMIDOR NA LEI 11.101/2005**

Uma vez concluído que o direito concursal, em especial as regras dos procedimentos concursais disciplinados pela Lei 11.101/2005 – falência, recuperação judicial e extrajudicial – fazem parte da ordem jurídico econômica, logo aplicável aos seus procedimentos o princípio da defesa do consumidor.

Tal necessidade surge no exato momento em que justamente a crise econômica da empresa possa refletir em bens, direitos e interesses dos consumidores, que em dadas circunstâncias podem vir a se tornar um grande contingente de credores a se esvaír no buraco negro dos procedimentos concursais, como no caso de crise econômico-financeira que afete construtoras de imóveis, empresas de turismo, instituições particulares de ensino, entre outras.

Como dito na fixação da idéia acerca do princípio da defesa do consumidor, tem-se que ele aparece na estrutura da ordem econômica na forma de limites à atuação do empresário fornecedor, de modo a respeitar a massa difusa dos consumidores, assegurando-lhes segurança, saúde, qualidade e quantidade em relação aos produtos e serviços; equalização das relações contratuais; repressão à práticas comerciais abusivas e, especialmente, mecanismos de defesa diferenciado do consumidor em juízo de maneira individual e coletiva.

No entanto, na mesma linha expressa-se o citado princípio como diretriz, como valor a informar o conjunto da normatividade que se debruça sobre a disciplina das relações econômicas, a exemplo do que acontece com as normas sobre falência e demais procedimentos concursais a que se submetem os empresários.

---

<sup>41</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin: 2005. p. 82.

De outro lado a falência enquanto mecanismo de minoração dos riscos do empreendimento e os meios de sua prevenção (recuperação judicial e extrajudicial) como forma de garantia de segurança e cumprimento das obrigações assumidas pelo devedor em crise econômico financeira, deve, nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho<sup>42</sup> derivar, primordialmente, de soluções do próprio mercado.

Ou seja, nos dizeres do autor:

Nesse contexto, pode-se afirmar que, *em princípio*, se não há solução de mercado para a crise de determinada empresa, é porque ela não comporta recuperação. ( ) Quando não há solução de mercado, aparentemente não se justificaria a intervenção do estado (Poder Judiciário) na tentativa de recuperação da empresa. O próprio instituto jurídico da recuperação parece, *prima facie*, um despropósito no sistema econômico capitalista. Se ninguém quer a empresa, a falência é a solução do mercado, e ao há por que se buscar à força a sua recuperação.

Não é bem assim, contudo. Quando as estruturas do sistema econômico não funcionam convenientemente, a solução de mercado simplesmente não ocorre. Nesse caso, o estado deve intervir, através do Poder Judiciário, para zelar pelos vários interesses que gravitam em torno da empresa (dos empregados, **consumidores**, fisco, comunidade etc.).<sup>43</sup>

Na linha do pensamento acima exposto, a recuperação da empresa em crise, deve ser solução excepcional a ser aplicada ao devedor titular de empresa (empreendimento) viável economicamente, em condições de reorganização econômica, a ser empreendida, por meio dos procedimentos judiciais de recuperação judicial ou extrajudicial, nos quais o princípio da defesa do consumidor deve imperar se interesses deles houver, em especial os individuais homogêneos, no procedimento em concreto, principalmente os mecanismos de defesa coletiva em juízo de modo a evitar a manipulação da massa de credores consumidores pelo devedor-fornecedor, v.g. no âmbito da assembléia geral de credores (art. 45 da Lei 11.101/2005).

Assim, como visto a recuperação judicial ou extrajudicial da empresa, insere-se naquilo que Eros Roberto Grau<sup>44</sup> identifica como intervenção do Estado, por meio do direito posto no mercado, intervenção esta que a bem do princípio da defesa do consumidor deve também ocorrer no processo de falência, nos termos em que regulado pela lei 11.101/2005.

No entanto, como deve ser ressaltado, em muitos casos, o grosso do passivo de um fornecedor em estado de crise econômico-financeira pode ser formado de débitos decorrentes de contratos de consumo não adimplidos ou não executados a contento, por conta justamente

---

<sup>42</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito comercial: direito de empresa*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 234.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 235.

<sup>44</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 19.

de sua situação econômica deficitária, tal como ocorre com empresas de viagem, incorporadoras e construtoras de imóveis, instituições privadas de ensino, dentre outros.

Neste plano o conjunto de leis que compõem o ordenamento jurídico-concursal brasileiro, salvo algumas exceções pouco atenta para a figura do consumidor no seu contexto, tanto que quando se fala em defesa do consumidor no juízo concursal, tem-se que todo o sistema jurídico composto para a tutela processual do consumidor se reduz frente às normas genéricas previstas pelo direito concursal.

Assim, por serem as regras de direito concursal e as regras de direito do consumidor, normas que servem à disciplina da ordem econômica, imperioso que estas atendam ao princípio de defesa do consumidor, em especial nos processos de falência de empresas, uma vez que ambos os conjuntos normativos são informados por princípios comuns, neste caso o princípio da defesa do consumidor, como princípio geral da ordem econômica.

Nesta linha interessante colocar a grande questão fática que motiva o presente estudo, no caso, sobre os efeitos da decretação da falência sobre os contratos de consumo, em especial, os de execução continuada, recorrendo-se aí ao que observa Fábio Ulhoa Coelho<sup>45</sup> ao comentar a questão dos contratos de consumo no processo de falência, *in verbis*:

O Código de Defesa do Consumidor não traz nenhuma regra sobre os contratos de consumo na hipótese de falência do fornecedor. Aplica-se, portanto, a norma geral de rescindibilidade dos contratos bilaterais de execução não iniciada, quando presentes os seus pressupostos. Não havendo norma específica na legislação tutelar dos consumidores, também em relação aos contratos de consumo (bilaterais e não cumpridos ou unilaterais), a palavra final sobre a integridade ou a dissolução do vínculo contratual é exclusiva dos órgãos da falência, intérpretes dos interesses da coletividade de credores (expressa pela busca dos efeitos de redução ou não elevação do passivo ou de preservação do ativo). Se for do interesse da massa, nesse caso, rescindir contrato que o consumidor gostaria de ver executado, ou vice-versa, prevalece o primeiro, posto que silente o Código de Defesa do Consumidor sobre a matéria. Por outro lado, tendo já o consumidor feito o pagamento ou recebido o produto ou serviço, no todo ou em parte, igualmente se aplica o disposto na Lei de Falências acerca da generalidade dos contratos, isto é, se credor o consumidor, deve habilitar o crédito; se devedor, deve pagar ao administrador judicial.

A esta realidade excetua-se, segundo o autor, a viabilidade da aplicação da possibilidade de responsabilizar pessoalmente os administradores na hipótese de terem sido

---

<sup>45</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 326.

eles responsáveis pela quebra da empresa-devedora, nos termos do art. 28 do CDC, o que coincide na linha do princípio constitucional da defesa do consumidor<sup>46</sup>.

Contudo, no caso de falência de incorporadoras imobiliárias, contudo, na Lei 4.591/1964, por conta de alteração introduzida pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, introduz no direito positivo brasileiro um moderno mecanismo de segregação de riscos, aplicável às incorporações imobiliárias, que constitui, sem dúvida, atividade de extraordinário alcance econômico e social, o chamado *patrimônio de afetação*, que no contexto do art. 119, IX da Lei 11.101/2005, que permite a continuidade das atividades relacionadas a patrimônios de afetação independente do processo de falência até que cumpram sua finalidade.

O chamado *patrimônio de afetação* impõe a segregação do patrimônio vinculado a cada incorporação imobiliária. Para esse fim, faculta a criação de um regime de vinculação de receitas visando a completa execução da obra e dá poderes aos adquirentes para, em caso de paralisação da obra, recuperação da empresa incorporadora ou falência da mesma, prosseguir a obra com autonomia, independente de intervenção do Judiciário.

Para assegurar a eficácia do sistema, a lei torna incomunicável o acervo da incorporação afetada, protegendo-o, conseqüentemente, contra os riscos empresariais da incorporadora, nos termos do que reza os arts. 31-A a 31-F da Lei 4.591/1964 combinado com o art. 119, IX da Lei 11.101/2005, garantindo assim aos adquirentes dos imóveis o resguardo do que investiram no custeio da obra, em parte, suportado pelos próprios adquirentes, com os recursos provenientes das prestações pagas durante a obra, sem que seja este patrimônio arrecadado para a massa do devedor falido.

Diante do que se tem na regra ora exposta, verifica-se aquilo que mencionou Eros Grau<sup>47</sup> acerca da efetivação do princípio da defesa do consumidor, que segundo ele demanda normas infraconstitucionais que o instrumentalizem, especificamente, no plano dos processos concursais, com destaque para a falência.

Tem-se ainda o que observa Darcy Bessone<sup>48</sup>, acerca das medidas previstas nos procedimentos concursais especiais a que se submetem bancos, seguradoras, entidades abertas de previdência complementar, sociedades de capitalização; sociedades operadoras de plano de saúde; e, entidades fechadas de previdência complementar, que contam com a participação

---

<sup>46</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 326.

<sup>47</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 251.

<sup>48</sup> BESSONE, Darcy. *Instituições de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 208.

efetiva do Estado através de diversos órgãos pela razão da vulnerabilidade de um numeroso e disperso universo de credores, sem aptidão para defesa individual de seus interesses.

Na linha de pensamento do jurista acima citado essas regras especiais tutelam um universo de credores, compostos justamente por consumidores, no caso, pequenos poupadores, correntistas, segurados, investidores de previdência privada, usuários de planos de saúde e outros; que individualmente, dificilmente teriam a defesa de seus interesses resguardada num contexto de colapso econômico de seus fornecedores.

No caso específico das operadoras de planos de saúde, além de instrumentos preventivos da crise-econômico financeira a cargo da ANS, tem-se para o caso de liquidação definitiva da operadora, assegurado aos créditos derivados de prestação de serviços de assistência privada à saúde preferência no recebimento, só suplantada pelos créditos de natureza trabalhista e fiscal, conforme art. 24-C da Lei 9.656/1998.

Os exemplos acima indicados são típicas normatividades infraconstitucionais, de caráter interventivo que se prestam à efetivação do princípio constitucional da defesa do consumidor, no âmbito de processos concursais, sejam eles especiais ou geral (falência), que servem de parâmetro analógico para a busca da supressão desta lacuna no regime jurídico concursal da Lei 11.101/2005, tendo como diretriz hermenêutica o princípio constitucional da defesa do consumidor.

Não obstante isto, certo que, *de lege ferenda* normas específicas de tutela dos consumidores em geral para o processo de falência se fazem imperiosas, face aos ditames do inciso V, do art. 170 da CF/88.

## CONCLUSÕES

Sendo a proposta do presente trabalho estudar a incidência do princípio da defesa do consumidor no contexto da regulação dos procedimentos concursais, imperioso situar o Direito do Consumidor e suas regras, assim como as próprias normas de Direito Concursal, dentro de uma perspectiva mais ampla, sob a qual um e outro sistema normativo, tem na verdade um substrato comum, qual seja, a de regularem deferentes aspectos das relações econômicas, que por circunstâncias de fato podem exigir o entrelaçamento de suas normas, cujo conflito ou lacuna superar-se-á pela aplicação do princípio constitucional da defesa do consumidor.

Deste modo conclui-se que o mercado e seus agentes têm regulação estatal decorrente de suas necessidades de segurança e certeza e também das necessidades de se impor limites e freios ao seu poder, centrado nos detentores do capital face àqueles que a ele se subordinam (trabalhadores) ou daqueles que o mantém numa relação de mutualidade e interdependência, no caso os consumidores.

Referida regulação tem início no bojo da Constituição e desce para a planta das normas infraconstitucionais, normas estas de direito público ou privado, que criam uma dinâmica sistêmica do Estado, do direito posto e do mercado, formatando a constituição, preservação, complementação, compensação e substituição deste mercado e de seus agentes, em especial a empresa.

Neste sentido, destaca-se a empresa, encarada em seu sentido semântico de expressão sinônima de “atividade econômica”, designando, em sua maioria, a empresa como atividade, voltada essencialmente para obtenção de lucros através da colocação no mercado de bens ou de serviços, e muito menos como empreendedor, ou mais especificamente como empresário.

Assim tem-se a *atividade econômica* como um ente abstrato cuja definição presta-se a caracterizar diversos atos ou fatos, outrora denominados simplesmente de *empresa*. Atos e fatos estes que no contexto de uma relação intersubjetiva, que tem um de seus pólos sempre um *agente* (sujeito de direitos) detentor dos meios para a execução da atividade escolhida, conforme uma liberdade outorgada pelo ordenamento jurídico estatal (liberdade de iniciativa), interagindo num universo denominado *mercado*, onde mediante certeza e segurança, procedem às trocas, fazendo circular as riquezas.

Desse modo a estrutura sistêmica da regulação das atividades econômicas se dá, primeiro, num plano constitucional, donde advém não só as normas essenciais garantidoras da liberdade de empreender, como também aquelas asseguradoras dos limites de atuação desta liberdade, refletindo sobre a construção e interpretação das normas infraconstitucionais reguladoras do exercício da atividade econômica, seja no plano do direito público ou do direito privado, compondo aquilo que resta definido como *ordem econômica*.

A ordem econômica, entendida como conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica, se estrutura por conta do direito posto, que renova-se na medida em que as relações econômicas exigem, tendo nesta linha normas que tratam de impor limites aos determinismos de seus agentes, assumindo assim os princípios relevo maior na sistemática normativa posta.

Referido ordenamento jurídico tem na Carta Magna papel fundamental na sua dinâmica sistemática, pois nela estão traçadas as características dominantes das várias instituições que a legislação comum, posteriormente desenvolverá, imprimindo assim, homogeneidade ao conjunto formando um sistema monoempírico prescritivo.

Deste modo, a defesa do consumidor erige-se no cerne da Constituição como princípio regulador da ordem econômica e das normas que servem à sua disciplina, concretizando-se por meio dos preceitos constitucionais citados e se efetivando por meio de específica normatividade que discipline dentre outras coisas: os conceitos de consumidor e fornecedor; disposições sobre a política de relações de consumo; direitos básicos do consumidor; sobre o sistema nacional de defesa do consumidor; definições de direito material sobre produto e serviços e os seus consectários jurídicos e práticos, tais como qualidade, segurança e responsabilidade, assim como prazos e formas de fluxos diferenciados de prescrição e decadência; regulamentação das práticas comerciais – cláusulas contratuais, informação e publicidade; sanções administrativas e penais; disposições inovadoras, tais como a disciplina dos bancos de dados cadastrais, e; tutela diferenciada dos interesses do consumidor em juízo, tal como ocorre no atual Código de Defesa do Consumidor.

Referido campo específico do direito positivo e da ciência do direito não se constitui como um direito de classe, mas sim, como um direito de ordem pública e de interesse social, fatores estes denotados pelo assento constitucional do princípio expresso no V, do art. 170 da CF/88, que limita a liberdade de iniciativa ao respeito dos bens e interesses do consumidor, bens e interesses estes de natureza difusa, numa espécie de simbiose, segundo Bobbio, onde estaria o direito do consumidor entre os direitos de segunda e terceira geração, ou seja, entre os de natureza social, voltados para a mitigação das desigualdades resultantes do conflito de

classes, e, os de natureza difusa, cujo foco seria a proteção de interesses da sociedade (ou da humanidade) como um todo.

Referida proteção deve ser estendida à disciplina dos atos e fatos que se desenvolvem no contexto do ordenamento jurídico concursal, visto que, inegável sua subsunção ao princípio da defesa do consumidor, por serem suas normas atinentes à regulação de específico aspecto das relações jurídicas decorrentes do exercício da atividade econômica.

Ao longo do estudo foram indicados exemplos de regras que se prestam à típica normatividade infraconstitucionais, de caráter interventivo que se prestam à efetivação do princípio constitucional da defesa do consumidor, no âmbito de processos concursais, sejam eles especiais ou geral (falência).

Sendo certo que, *de lege ferenda* normas específicas de tutela dos consumidores em geral para o processo de falência se fazem imperiosas, face aos ditames do inciso V, do art. 170 da CF/88, as regras de procedimentos concursais especiais, ou que servem ao processo de falência (procedimento concursal geral) são padrões para uma analogia que busca a supressão desta lacuna no regime jurídico concursal da Lei 11.101/2005, tendo como diretriz hermenêutica o princípio constitucional da defesa do consumidor.

Conclui-se por fim, que uma análise mais pormenorizada destes instrumentos se faz necessária como forma de operacionalizar no contexto dos procedimentos concursais o princípio constitucional da defesa do consumidor, alargando mais o horizonte do debate sobre o tema ora posto.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. *O novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

\_\_\_\_\_. *Direito bancário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ABRÃO, Carlos Henrique. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. (coord.) *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências*. São Paulo: Saraiva, 2005

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. A legitimidade do ministério público para a defesa dos direitos individuais homogêneos do consumidor: um caminho para a eficácia social da norma dentro de um modelo garantista. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 52, pp.66-91. out./dez., 2004.

ALMEIDA, João Batista de. A ação civil coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 34, pp. 88-97. abr./jun., 2000.

ALVAREZ, Anselmo Pietro. As repercussões extraprocessuais e processuais (competência e inversão do ônus da prova) da facilitação da defesa do consumidor, como garantia básica do sistema. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 57, pp.165-182. jan./mar., 2006.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *Falências e concordatas: lei falimentar a falência e a concordata no Mercosul*. 2 ed. Leme: LED Editora de Direito Ltda., 1999.

ASCARELLI, Túlio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. Tradução Fábio Konder Comparato. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, ano 37, n.114, pp.237-252. abr./jun., 1999.

BESSONE, Darcy. *Instituições de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999 (reimpressão 2006).

BORGES, Alexandre Walmont. *Preâmbulo da constituição & a ordem econômica*. Curitiba: Juruá, 2003.

BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CANO, Wilson. *Introdução à economia: uma abordagem crítica*. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

CARVALHO, Paulo Barros de. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. Uma nova visão do direito falimentar: a obrigatoriedade de adequação e interpretação à luz da Constituição Federal. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, ano 38, n.118, pp.106-111, abr./jun., 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

\_\_\_\_\_. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo/SP, ano 22, n. 50, pp. 49-74. abr/jun. 1983

D'AVACK, Carlo. *La natura giuridica del fallimento*. Pádova: CEDAM, 1940.

DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor: teoria geral da relação jurídica de consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DINIZ, Gustavo Saad. *Direito das fundações privadas: teoria geral e exercício de atividade econômica*. 3. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

DORIGO, Gianpaolo; VICENTINO, Cláudio. *História geral e do Brasil*. São Paulo: Scipione, 2001.

ESCUTI, Ignacio A. BAS, Francisco Junyent. *Instituciones de derecho concursal*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2002.

FAZZIO Júnior, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. Ações coletivas: dupla comemoração. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 57, pp.60-76. jan./mar., 2006.

FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 10. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6.ed.. São Paulo e Rio de Janeiro: Forense Universitária.

GREGORI, Maria Stella. A saúde suplementar no contexto do estado regulador brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 59, pp.109-126. jul./set., 2006.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. *Recuperação judicial de empresas: direito concursal contemporâneo*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Instituto Antonio Houaiss de Lexicografia e Bancos de Dados da Língua Portuguesa S/C (elaborador) Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*.(trad. Waltensir Dutra) 21. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1986. p. 218.

LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 1997.

LOBO, Jorge. *Direito concursal: direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MACEDO, Silvio de. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977. p. 504.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima et al. *Comentários ao código de defesa consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002

OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de. A possibilidade jurídica da declaração de falência das sociedades civis com a adoção da teoria da empresa no direito positivo brasileiro. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, ano 37, n.113, pp.137-147. jan./mar., 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v.1.

SILVA, Fernando Melo. *O princípio da preservação da empresa em crise e os instrumentos para sua manutenção na atual lei de falências e concordatas*. Franca: Faculdade de História, Direito e Serviço Social – UNESP/Franca. 215 f. Dissertação (Mestrado em Direito).

STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2004.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. pp. 62-117. São Paulo: Quartier Latin: 2005.

## ***Inviabilidade de subtração de coisa alheia móvel por conta de estar previamente vigiada. Tentativa de furto ou crime impossível?***

Giovane Alves Nunes.

Advogado, pós-graduando em Ciências Penais - Rede LFG  
e Instituto Panamericano de Política Criminal - IPAN.

---

### **1. Considerações iniciais.**

Atualmente, existe uma grande celeuma em relação à conduta de apropriação de objetos (furto), quando estes se encontram monitorados ou vigiados por sistema de segurança, seja por meios mecânicos ou por pessoas.

Os argumentos dicotômicos giram em torno de: *crime tentado* (art. 14, II) ou *crime impossível* (Art.17, caput). Tais posicionamentos originam uma desproporcionada divergência no mundo jurídico.

Todavia, em que pese toda essa discussão, mister se faz, verificar os pontos divergentes entre uma teoria e outra, no intuito de se buscar um posicionamento mais didático referente a esse assunto.

### **2. Definição de furto.**

O furto é incriminado desde a antiguidade, haja vista, que sempre houve entre os homens aqueles afeitos ao patrimônio alheio.

Assim, de acordo com o que dispõe o artigo 155, *caput*, do Código Penal, o crime de furto é a subtração de coisa alheia móvel para si ou para outrem. É, pois, o assenhoreamento da coisa com o fim de apoderar-se dela de modo definitivo<sup>1</sup>.

Em linhas gerais, o furto é o crime do indivíduo de casta ínfima, do paria, destituído, em regra, de audácia e temibilidade para o roubo ou para a extorsão; de inteligência para o estelionato; e desprovido de meios para a usurpação. Sendo considerado freqüentemente como o crime do necessitado<sup>2</sup>.

### **3. Da consumação e tentativa.**

Diversas são as teorias que procuram estabelecer o momento consumativo do crime de furto, entre elas: a) *contractacio* – período dos romanos, que não conheciam a tentativa. O crime consumava-se quando sujeito punha a mão no

---

<sup>1</sup> Mirabete, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal, Parte Especial. Vol.II. 22ª. Editora Atlas - 2004, p.223.*

<sup>2</sup> Noronha, E. Magalhães. *Direito Penal, Vol 2. Editora Saraiva - 1976, p.220.*

objeto material; b) *amotio* – esta teoria considera consumado o furto apenas com a deslocação da coisa; c) *ablatio* – aqui para ocorrer a consumação, exigia-se tanto a apreensão como a deslocação do objeto; d) *apprehensio rei* – para essa teoria basta somente segurar o objeto alheio para caracterizar o furto.

Entretanto, nenhuma dessas teorias satisfaz aos doutrinadores. Para o professor Damásio de Jesus, no direito brasileiro, o furto atinge sua consumação no momento em que o objeto material é retirado da esfera de posse da vítima, pelo agente, ainda que este não obtenha a posse tranqüila<sup>3</sup>. Nesse sentido, também entende Mirabete<sup>4</sup>.

Logo, para esses dois doutrinadores, a inviabilidade de subtração de coisa alheia móvel que esta previamente vigiada, caracteriza tentativa de furto e não crime impossível, com fundamento na vontade (conduta) do agente contra o direito, e o início da execução o crime.

#### **4. Do crime impossível.**

Crime impossível nada mais é, do que a tentativa não punível, inidônea ou inadequada, pois, o agente se vale de meios absolutamente ineficazes e impróprios, que tornam impossível a consumação do crime.

O nosso Código Penal adotou a teoria objetiva temperada, ou seja, deve-se levar em consideração os requisitos essenciais do crime impossível, sendo imprescindível que a ineficácia do meio e a impropriedade do objeto, sejam absolutas. Caso sejam relativas, haverá o crime tentado<sup>5</sup>.

#### **5. Considerações Finais.**

##### **Da subtração de coisa alheia móvel previamente vigiada.**

Com o avanço dos instrumentos mecânicos de segurança como câmeras, alarmes dentre outros, associados ao treinamento pessoal dos agentes e vigilantes, cada vez mais, esses mecanismos, torna polêmico o tema do furto em ambientais previamente monitorados.

---

<sup>3</sup> de Jesus. Damásio Evangelista. *Direito Penal Vol. 2, Parte Especial*. Editora Saraiva – 1999, p.305.

<sup>4</sup> Mirabete, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal, Parte Especial. Vol.II. 22ª*. Editora Atlas - 2004, p.227.

<sup>5</sup> de Jesus. Damásio Evangelista. *Direito Penal Vol.1, Parte Geral*. Editora Saraiva – 1998, p.346

E esse assunto, causador de acaloradas discussões, é constantemente discutido em nossos superiores Tribunais, bem como, em nossas doutrinas. Então, qual será o motivo de acaloradas discussões jurisprudências e doutrinárias?

Parte da Jurisprudência (STJ) entende que a conduta do agente de tentar furta coisa em ambientes previamente vigiados caracteriza a tentativa e não crime impossível. Conforme precedentes: “*Considera-se consumado o delito de furto, bem o de roubo, no momento em que o agente se torna possuidor da res subtraída, ainda que não obtenha a posse tranqüila do bem, sendo desnecessária que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Precedentes do STF E DO STJ*” ( STJ, REsp. 671781/RS, Rel. Min. Gilson Dipp. 5 T. DJ 23/5/2005. P.336).

Entretanto, *data máxima vênia*, o posicionamento acima defendido pelos superiores Tribunais e pelos ilustres professores, em que pese ser este tema bastante polêmico, entendemos casuisticamente, que no caso da conduta do agente ser previamente vigiada, certa é a hipótese da impossibilidade da consumação do delito, haja vista, o meio utilizado pelo agente ser absolutamente ineficaz, posto que desde o início era vigiado.

Assim, não sendo efetivamente colocado em perigo o bem jurídico tutelado, não há que se punir o agente a título de tentativa imperfeita, visto que certo é o reconhecimento do crime impossível.

### **Referências Bibliográficas.**

1. DE JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal Vol. 2, Parte Especial. Editora Saraiva – 1999.
2. DE JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal Vol. 2, Parte Especial. Editora Saraiva – 1998.
3. MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de Direito Penal, Parte Especial. Vol.II. 22ª. Editora Atlas – 2004.
4. NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal, Vol 2. Editora Saraiva – 1976.

## Incidência do ISSQN sobre os contratos de locação de bens móveis?

O contrato de locação de coisas é aquele em que, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição (CC, art.565). Por esta definição legal, podemos destacar que no contrato de locação de coisas, seus elementos fundamentais são os mesmos do contrato de compra e venda, quais seja, coisa, preço e consentimento. O CC dispõe:

**Art. 565.** Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

A locação de coisas pode recair sobre bens móveis ou bens imóveis, destacando que na hipótese de coisa móvel, esta terá que ser infungível (veículos, roupas, livros, filmes cinematográficos, telefones, aparelhagem de som, etc), pois para as coisas fungíveis (milho, feijão, arroz, café, etc), aplica-se o contrato de mútuo. Como exceção, segundo Gonçalves (2002:95), admite-se, no entanto, a locação de coisa móvel fungível quando o seu uso tenha sido ad pompam vel ostentationem (para ornamentação), como uma cesta de frutas, com adornos raros, por exemplo.

É imprescindível o preço ou valor do aluguel (remuneração) a ser paga pelo locatário, pois não existindo a cobrança de um preço, não será contrato de locação, e sim de comodato, hipótese em que haveria o gozo ou uso da coisa gratuitamente.

Portanto o contrato de locação de coisas é um instrumento jurídico regido pela lei civil. A legislação e a doutrina ainda diferenciam o contrato de locação de coisas e o de locação de serviços. O primeiro é obrigação de dar e o segundo obrigação de fazer.

Assim, enquanto as obrigações de dar consistem na entrega de uma coisa móvel ou imóvel, para a constituição de um direito real (venda, doação, etc.), concessão de uso (empréstimo, locação) ou restituição ao dono; as de fazer consistem em todas as prestações que não se compreendem entre as de dar e têm, na verdade, por objeto um ou mais atos, ou fatos do devedor, como trabalhos materiais ou intelectuais. A doutrinadora civilista Maria Helena Diniz, assim define:

"A obrigação de fazer é a que se vincula o devedor à prestação de um serviço como ato positivo, material ou imaterial, seu ou de terceiro, em benefício do credor ou de terceira pessoa."

Resta evidente ponderar, portanto, que o cerne da materialidade da hipótese de incidência do ISS não corresponde ao "serviço" em si, mas a uma "prestação de serviço", compreendendo um negócio (jurídico) pertinente a uma obrigação de "fazer", em conformidade com os postulados e diretrizes do direito privado, até porque o Direito Tributário consiste em um direito de superposição, incidindo sobre realidades postas por outros ramos do direito, nos termos do artigo 110, do Código Tributário Nacional, que possui eficácia de lei complementar:

"Art. 110 - A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias."

Nossa atual Carta Política, no artigo 170, inciso IV, pela primeira vez, expressamente, erigiu o postulado da livre concorrência ao patamar constitucional. O mencionado princípio possui caráter instrumental da livre iniciativa, tendo em vista que constitui um dos elementos a balizar seu exercício, a fim de que ela seja exercida dentro de suas finalidades sociais, mantendo condições propícias à atuação dos agentes econômicos, de um lado, e beneficiando os consumidores, de outro.

A lei tributária que determinar a cobrança de ISS estará violando os preceitos da legislação civil, contrariando a livre concorrência, já que o Estado estará impondo mais encargos para a iniciativa privada, restringindo de forma indevida estas atividades. Alguns doutrinadores da área tributária, e algumas jurisprudências minoritárias, dizem a que a obrigação de dar em si contém uma obrigação de fazer. Isto é um absurdo, já que esta interpretação extensiva contraria o disposto no código tributário, onde alguns tributaristas desejam alterar os conceitos estabelecidos na legislação civil, cerceando a livre concorrência através de uma intervenção indevida do Estado.

Tal interpretação ainda viola o princípio da capacidade contributiva. A capacidade contributiva a ser aferida é a capacidade subjetiva do contribuinte, a real aptidão de determinada pessoa para recolher ao Fisco. Assim, observa o ilustre mestre Aliomar Baleeiro, na sua obra clássica Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, *verbis*:

Do ponto de vista subjetivo, a capacidade econômica somente se inicia após a dedução das despesas necessárias para a manutenção de uma existência digna para o contribuinte e sua família. Tais gastos pessoais obrigatórios (com alimentação, vestuário, moradia, saúde, dependentes, tendo em vista as relações familiares e pessoais do contribuinte, etc.) devem ser cobertos com rendimentos em sentido econômico – mesmo no caso dos tributos incidentes sobre o patrimônio e heranças e doações – que não estão disponíveis para o pagamento de impostos. A capacidade econômica subjetiva corresponde a um conceito de renda ou patrimônio líquido pessoal, livremente disponível para o consumo, e assim, também para o pagamento de tributo. Desta forma, se realizam os princípios constitucionalmente exigidos da pessoalidade do imposto, proibição do confisco e igualdade, conforme dispõem os arts. 145, §1º, 150, II e IV, da Constituição.

Parte minoritária da doutrina e da jurisprudência desejam dizer que a obrigação de dar contém implicitamente a obrigação de fazer, já que a maioria das locações possui um serviço acessório. Esta interpretação é equivocada, pois o que deveria ser tributado é na verdade o serviço efetivamente prestado e não o simples aluguel de bens móveis. Isto fica claro na própria jurisprudência favorável a teria prejudicada:

"STF - Ementa: Tributário. ISS na locação de bens móveis. O que se destaca, 'utilitatis causa', na locação de bens móveis, não é apenas o uso e gozo da coisa, mas sua utilização na prestação de um serviço. Leva-se em conta a realidade econômica, que é a atividade que se presta com o bem móvel, e não a mera obrigação de dar, que caracteriza o contrato de locação, segundo o artigo 1.188 do Código Civil. Na locação de guindastes, o que tem relevo é a atividade com eles desenvolvida, que adquire consistência econômica, de modo a tornar-se um índice de capacidade contributiva do imposto sobre serviços." (RE n. 112.947/SP, Segunda Turma do STF, Rel. Min. Carlos Madeira, pub. 7/8/1987).

O julgador neste caso analisa a capacidade contributiva do sujeito passivo, alegando que o aluguel de móveis é essencial para a atividade desenvolvida. Ora ai há um erro grave, pois a

análise da capacidade contributiva é uma limitação ao poder de tributar, devendo ser analisada pelo legislador antes de instituir o tributo e não no momento da cobrança do mesmo. Ademais, já que esta caracterizada uma atividade econômica do contribuinte deve a lista identificar esta com sua característica, e não misturar o aluguel de móveis em sua base de cálculo, já que uma coisa nada tem de comum com a outra.

Sobre o princípio da competência tributária para a tributação de serviços pelo município esculpido no art. 156 da CF, penso que o mesmo não dá autonomia para a instituição de ISS sobre a locação de bens móveis, já que este item não faz parte da lista de serviços constantes da LC 116/2003. Em que pesem os entendimentos doutrinários divergentes, entendo que somente podem ser tributados pelo ISS os serviços constantes da lista anexa à LC 116/03, eis que a referida lista possui caráter taxativo (art. 156, III, CF), em respeito ao princípio da estrita legalidade tributária. Contudo, embora taxativa, os itens constantes da referida lista poderão ser interpretados de maneira que possibilite abranger serviços congêneres, que possuam a mesma natureza dos itens ali elencados, porém com denominação distinta, de modo a impossibilitar manobras de evasão fiscal, o que não ocorre no caso de locação de bens móveis, já que o fato gerador não guarda relação com o termo “serviço”.

A locação de bens móveis iria fazer parte do item 3.01 (Locação de bens móveis) da lista da Lei Complementar 116/2003, no entanto foi vetada pelo Presidente da República.

Adiante, a transcrição da razão ao veto pela presidência:

***Item 3.01 da Lista de serviços***

*"3.01 – Locação de bens móveis."*

***Razões do veto***

*Verifica-se que alguns itens da relação de serviços sujeitos à incidência do imposto merecem reparo, tendo em vista decisões recentes do Supremo Tribunal Federal. São eles:*

*O STF concluiu julgamento de recurso extraordinário interposto por empresa de locação de guindastes, em que se discutia a constitucionalidade da cobrança do ISS sobre a locação de bens móveis, decidindo que a expressão "locação de bens móveis" constante do item 79 da lista de serviços a que se refere o Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, com a redação da Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, é inconstitucional (noticiado no Informativo do STF no 207). O Recurso Extraordinário 116.121/SP, votado unanimemente pelo Tribunal Pleno, em 11 de outubro de 2000, contém linha interpretativa no mesmo sentido, pois a "terminologia constitucional do imposto sobre serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo a contrato de locação de bem móvel. Em direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprios, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável." Em assim sendo, o item 3.01 da Lista de serviços anexa ao projeto de lei complementar*

*ora analisado, fica prejudicado, pois veicula indevida (porque inconstitucional) incidência do imposto sob locação de bens móveis.*

Dessa forma a locação de imóveis, locação de carros, máquinas e outros bens não têm a incidência do ISS por não se caracterizar serviço e não ter previsão de incidência em Lei Complementar.

Porém, se a empresa locar máquinas com operador, carros com motorista, etc. haverá a incidência do ISS, pois há a prestação do serviço. A base de cálculo do ISS, neste caso, será o valor do serviço prestado (art. 7º da Lei Complementar 116/2003)

## **Competência nas ações de reparação de danos por textos publicados em blogs.**

### **Resumo**

O presente trabalho faz uma reflexão sobre um impasse típico da era virtual, analisando como o ordenamento jurídico atual ainda não se adaptou ao mundo moderno. O que fazer quando há um suposto dano moral em um texto publicado em um site ou blog na internet? Onde abrir o processo, no foro do domicílio de quem ofendeu ou de quem se sentiu ofendido? Sabe-se que nosso país tem uma extensão territorial enorme, ou seja, dependendo da resposta acima as distâncias podem representar uma enorme diferença para as partes envolvidas.

### **Introdução**

É notável que nos dias de hoje presenciamos uma constante e rápida evolução nos meios de comunicação, principalmente com a popularização da Internet. Tais modificações ocorrem de maneira muito rápida, o que faz com que o Direito muitas vezes não acompanhe tal evolução.

Uma das razões se deve ao fato do ordenamento jurídico não ter condições de prever as inúmeras situações que a vida pode proporcionar, outra se deve ao fato de que, mesmo com ações repetidas, a evolução dos meios de comunicação e do próprio pensamento do ser humano altera essa realidade, o que faz com que o ordenamento jurídico deva estar sempre se modificando.

Nos casos citados, a verdadeira dificuldade está em como o interprete adequará sua interpretação em relação às necessidades que emergem das relações entre os seres humanos.

Diante disto, com a popularização da internet, muitas novas situações foram criadas, situações essas anteriormente consideradas apenas ficção, passaram a ser possíveis de acontecer, o que faz com que o ordenamento jurídico tenha que se adaptar rapidamente.

Como então interpretar as regras já existentes em face desses novos acontecimentos? GROSSFELD, (2000), diz que tais acontecimentos não podem se

distanciar do “mundo real”, o que faz com que tenhamos que adaptar a legislação existente aos mais diversos acontecimentos<sup>1</sup>.

O presente trabalho versa sobre a competência civil na Internet, mais precisamente nos casos envolvendo ações de reparação de danos por textos ou reportagens publicados em sites ou blogs.

### **Objetivos**

O presente trabalho tem o objetivo de trazer algumas reflexões acerca da competência territorial nos casos de ação de reparação de danos causados por textos ou reportagens jornalísticas publicados em sites ou blogs na internet, analisando-se mais profundamente os artigos 94 e 100 do código de processo civil brasileiro.

### **Metodologia**

A metodologia eleita pelo autor se pauta no método eclético dedutivo, sem deixar de assumir seu perfil empirista.

### **Desenvolvimento**

Para o desenvolvimento do seu trabalho, o autor buscou informações acerca do tema em doutrinas, jurisprudências, artigos publicados em sites jurídicos e, principalmente, na legislação vigente.

### **Resultados**

Precoce nos parece falar de resultados, temos consciência da singeleza da proposta trazida pelo presente exposto, mas ainda assim, esperamos que ao final da intersubjetividade desejada, possamos ter contribuído pelo menos com uma proposta de diálogo em torno do tema, o que com certeza, terá enriquecido muito,

---

<sup>1</sup> GROSSFELD, B. Where Internet Meets Geography. in The American journal of corporative law, 48/261. n. 2, 2000. p.. 305.

(ou pouco quem sabe), sobre o ponto fulcral da questão: Onde abrir o processo quando há um suposto dano moral em um texto publicado em um *site* ou *blog* na internet?, No foro do domicílio de quem ofendeu ou de quem se sentiu ofendido?

### **Considerações Finais**

Em ulteriores considerações, esperamos pelo presente trabalho ter alcançado nosso objetivo: O de trazer algumas reflexões acerca de um impasse que acontece com frequência desde que houve a popularização da Internet em nosso país. O que fazer quando há um suposto dano moral em um texto publicado em um *site* ou *blog* na internet?

Analisando a Constituição Federal temos em seu artigo 220 § 1º o seguinte:

*“Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”*

O art. 94 do Cód. de Processo Civil traz as regras gerais da competência territorial, já o art. 100 do mesmo dispositivo, traz as exceções a regra geral disposta no art. 94. Ao analisarmos o inciso IV, “d” temos:

*IV - do lugar:*

*d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento;*

Embora o Par. Único nos diga que nas ações de reparação do dano sofrido em razão do delito ou acidente de veículos, será competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato, entendemos que o correto seria aplicar o disposto no inciso IV, d, pois considera-se o local do fato aquele onde ocorreu o *upload* do texto considerado ofensivo.

Em nosso entendimento, ao permitir que o autor ajuíze a ação de reparação de danos no foro de seu domicílio, o processo fica dificultado e torna a liberdade de expressão contida no art. 220 § 1º da carta magna prejudicado.

Portanto, ao publicar um artigo ou texto que, mais tarde, possa vir a ser entendido ofensivo, indivíduos que exercem a liberdade de informação jornalística em *blogs* ou sites pessoais ficam pressionados, pois não possuem nenhuma estrutura institucional ou empresarial para lhes respaldar. Dessa maneira, com a extensão territorial de nosso país, o ônus de litigar em foro de outro estado que não o seu seria insuportável, obrigando esses “*blogueiros*” a renunciar ao seu exercício da liberdade de informação jornalística.

Conclui-se então que, o principal interessado nas reportagens jornalísticas não é o autor e nem menos o réu, mas sim a sociedade, pois temos hoje como maior fonte de informação a Internet. Como garantido na Constituição, a liberdade de informação jornalística deve ser plena, e, permitir que se ajuíze a ação apenas no domicílio do autor, como diz o art. 100 do CPC, causaria embaraço a essa plena liberdade, o que, ao nosso ver, torna inconstitucional a aplicação do disposto no art. 100, Par. Único nas ações de reparação de danos por textos publicados na Internet.

### **Fontes Consultadas**

SANTOS, P. H. L. dos. Direito E Internet, Aspectos Jurídicos Relevantes, 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005

MONTENEGRO FILHO, M. Como se preparar para o Exame de Ordem. 1ª fase: Processo Civil . 6.ed. São Paulo: Método, 2008.

BARBI, C. A, Comentários ao Código de Processo Civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GROSSFELD, B. Global accounting: where internet meets geography, in The American journal of corporative law, 48/261, n. 2, 2000.

Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm) > Acesso em 31 ago. 2009

Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) > Acesso em 30 ago. 2009.

Competência – ofensa difundida em site da internet – Acórdão do TJRS, Disponível em:<<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/novembro/2311/JURISPRUD%C3%84NCIAS/J05.htm> > Acesso em 31 ago. 2009

Reichenbach, Lucy, Disponível em: <[http://www.abrali.com/029direitos\\_autorais/lucy\\_reichenbach\\_dano\\_moral\\_na\\_internet\\_abrali.pdf](http://www.abrali.com/029direitos_autorais/lucy_reichenbach_dano_moral_na_internet_abrali.pdf)> Acesso em 31 ago. 2009.

Competência para Ações sobre Internet Resolução da ABPI nº 47, Disponível em <<http://www.abpi.org.br/bibliotecas.asp?idiomas=Português&secao=Resoluções%20da%20ABPI&codigo=3&resolucao=22>> Acesso em 30 ago. 2009.

## **SUBSTRATOS E CONCEITOS DO CRIME.**

**Autor:** Gustavo Falchi<sup>1</sup>.

**FB** – Faculdade Barretos.

Entendemos que para entrarmos no cerne do conceito do que é o crime, é necessário, fazermos uma diferenciação, e mostrarmos primeiramente os elementos ou como aqui preferimos chamar de substratos que compõe o fato típico, antijurídico e culpável, pois, para uma melhor compreensão do que é o conceito formal, o material, o analítico, dentre outros, que iremos realçar logo mais abaixo, entendemos ser mais explicativo, e de fácil interpretação, portanto, explicaremos o que é ação, tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade, punibilidade e seus requisitos intrínsecos; o que as doutrinas, explicam, depois de explanarem os conceitos acima expostos, e nesse trabalho, explanaremos com mais ênfase os seus substratos.

### **I - AÇÃO:**

A ação é um comportamento humano voluntário que produz uma modificação no mundo exterior, esse comportamento humano, pode ser, tanto um fazer (ação em sentido estrito), como pode ser um não fazer (omissão), portanto, os dois aspectos, podem infringir a Norma Jurídica.

A ação tem seus elementos intrínsecos, que são: **Vontade**, ou seja, um querer interno, aqui se engloba o dolo e a culpa, pois não há que se falar em vontade, sem estar intrinsecamente mencionando o dolo e a culpa, sendo que o dolo é a vontade consciente

---

<sup>1</sup> - Acadêmico do curso de Direito da FB - Faculdade Barretos.

de praticar o tipo e a culpa é quando a conduta (ação ou omissão) voluntária que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado, ou seja, por negligência, imperícia ou imprudência o agente pratica tal delito, **Atuação**, ou seja, movimento corporal (ação) ou uma abstenção (omissão), e por fim o **Resultado**, que nada mais é, que uma modificação no mundo exterior visada pelo agente quando praticada com dolo.

Assim podemos conceituar os elementos da culpa, “crime culposo”, como sendo: a conduta; a inobservância do dever de cuidado objetivo; o resultado lesivo involuntário; a previsibilidade; e por fim a tipicidade.

A conduta culposa é, portanto, elemento do fato típico. O resultado não foi visado, mas por negligência, imprudência ou imperícia realizou o tipo descrito na Lei penal, como já exposto acima, logo há ainda o **Nexo Causal**, que é a ligação da conduta humana com o resultado, pois se não houver o liame entre a conduta com o resultado, inexistente o crime.

## II – TIPICIDADE:

É a ação (ação ou omissão) praticada pelo agente dolosamente ou culposamente, ser descrita na Lei como sendo delito, ou seja, estar tipificada a conduta humana prevista pela Lei e correspondente ao crime, logo, como ensina Aníbal Bruno, “a Lei penal não se limita a dizer, por exemplo, não furtarás, ou, se furtares, te aplicará tal pena, deixando ao julgamento do juiz determinar o que se deve entender por essa expressão demasiadamente vaga de furtar, mas define precisamente pelas suas circunstâncias elementares o fato que se deve entender por furto”<sup>2</sup>.

É certo que, se o atuar do agente corresponde ou não a uma dessas figuras ou tipos causando um resultado, sendo necessário o nexos de liame da ação do agente ao resultado, é a primeira investigação a ser realizada pelo julgador, depois da qual virá a da sua ilicitude e a da culpabilidade do seu autor;

---

<sup>2</sup> - ANÍBAL, B. O. F., Direito Penal, tomo I, Parte Geral, pág. 326, 327, 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.

### **III – ANTIJURIDICIDADE:**

A antijuridicidade é a contradição do ato com as exigências da ordem jurídica, ou seja, a contradição entre o fato e a norma; portanto, após o momento da adequação típica do fato, mister, suceder outro, sobre sua conformidade ou antagonismo com o Direito, como podemos notar claramente que não basta somente a realização da conduta típica, que é a adequação de um ato (comissivo ou omissivo) ao tipo penal, é preciso verificar se há a contradição deste ato à norma reguladora da vida social, ou seja, o direito penal.

Há uma dificuldade em saber quando a ação é contrária ao direito, uma vez que a Lei não menciona quando a conduta é antijurídica, logo, o nosso código resolve a questão, inversamente, pois estabelece na Lei quando a conduta não é antijurídica. Assim, podemos mencionar que não há crime quando o agente pratica o fato em “estado de necessidade”, “legítima defesa”, “estrito cumprimento do dever legal” e “no exercício regular de direito”, todos esses fatos mencionados estão previstos no artigo 23 e seguintes do Código Penal Brasileiro.

A ilicitude se verifica por exclusão, ou seja, caso não prevista nenhuma causa de exclusão, o fato é ilícito.

### **IV – CULPABILIDADE:**

Antes de iniciarmos o estudo da culpabilidade, necessário dizer que chegamos no substrato mais debatido na teoria do delito, e sem sombras de dúvidas, afirmamos que é a culpabilidade a mais apaixonante dos estratos da teoria do crime, notadamente por suas evoluções em toda a sua historicidade e que até os dias de hoje são ainda debatidas entre os maiores doutrinadores penalistas do mundo.

A culpabilidade nada mais é do que a reprovabilidade do injusto ao autor, segundo Zaffaroni “(...) é culpável quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não se ter motivado na norma, quando podia e lhe era

exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito”<sup>3</sup>, sendo ainda do elemento da culpabilidade o substrato da imputabilidade, potencial consciente de ilicitude.

Notadamente, podemos dizer, que uma ação típica para ser considerada como crime, não basta que ela seja antijurídica, mister ser ela também culpável; pois bem, quem praticou uma violação a um bem jurídico, só terá cometido um crime, se ele procedeu diverso do que lhe era exigível.

A conduta ilícita, portanto, só será delituosa e punível, se contiver o coeficiente da culpabilidade, pois a culpabilidade é a ligação da ação típica e antijurídica ao homem, estabelecendo assim, o substrato da “exigibilidade de um comportamento diverso”, “Imputabilidade” e “Potencial consciente de ilicitude”, pois a todos compete agir de acordo com a Lei, “o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito; para que haja culpabilidade, necessário que o autor do delito tenha tido a possibilidade exigível de compreender a antijuridicidade de sua conduta e que o âmbito de autodeterminação do sujeito tenha tido certa amplitude”<sup>4</sup>.

## **V – PUNIBILIDADE:**

As condições objetivas de punibilidade constituem, igualmente, elementos exteriores ao fato. A existência de tais condições foi, pela primeira vez, assinalada por BINDING, que as disciplinou com fundamento em sua teoria das normas.

Partiu BINDING da distinção entre *Deliktstatbestand* (tipo de delito) e *Verbrechenstatbestand* (tipo de crime), dando ao primeiro uma noção peculiar. A culpabilidade seria característica geral do tipo de delito. Existem, porém, nas leis penais, momentos objetivos, totalmente estranhos ao delito (*dem Delikt ganz fremden*), que

---

<sup>3</sup> - ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H., Direito Penal Brasileiro, Vol. 1, Parte Geral, pag. 517, 6ª Ed., Revista dos Tribunais.

<sup>4</sup> - Ibid., pag. 521.

constituem pressupostos da punibilidade, como sinais objetivos, que não atingiriam a reprovabilidade da conduta<sup>5</sup>.

Como podemos observar, sem uma orientação básica, a disciplina jurídica das condições de punibilidade torna-se totalmente insegura. É este, hoje, um dos conceitos mais debatidos da doutrina do Direito Penal, divergindo os autores não só na definição das condições objetivas de punibilidade, como também, especialmente, em sua aplicação prática.

Com felicidade Antolisei descreve e conceitua a punibilidade como sendo: “Quando o sujeito pratica um crime surge a relação jurídico-punitiva: de um lado, aparece o Estado com o *jus puniendi*; de outro, o réu, com a obrigação de não obstaculizar o direito de o Estado impor a sanção penal. Com a prática do crime, o direito de punir do Estado, que era abstrato, torna-se concreto, surgindo a punibilidade, que é a possibilidade jurídica de o Estado impor a Sanção”<sup>6</sup>.

Daí, dizer que as condições objetivas de punibilidade são apenas um nome, sem caráter; em nossa pesquisa podemos conceituar a punibilidade de um modo mais fácil de compreensão, sendo entendida como o pressuposto do crime, ou seja, a submissão a uma pena pelo fato praticado pelo agente.

## VI - CONCEITO DO CRIME: TEORIA DO DELITO:

Para a corrente Bipartida, crime é o “fato típico, e ilícito”, pois, para os estudiosos dessa corrente, o elemento da culpabilidade não faz parte do conceito analítico de crime, sendo portanto, apenas o pressuposto de aplicação da pena, logo, essa corrente de

---

<sup>5</sup> - Apud - BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretungen*, vol. I, 1916, págs. 232 e seguintes, e *Handbuch des Strafrechts*, 1885 págs. 588 e segs. Cf. ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentrehorie*, 1954, pág. 212. BEMMANN, *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, 1957, pág. 3, afirma que foi FRANCKE o primeiro a referir-se às características que mais tarde foram chamadas “Condições objetivas de punibilidade”. É inegável, porém, que somente com a obra de BINDING a existência de tais condições penetrou na doutrina do Direito Penal - Artigo publicado no volume *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1962, p. 158-179

<sup>6</sup> - Apud – Antolisei, *Manual de derecho penal*, trad. Juan del Rosal e Ángel Torio, Buenos Aires, UTEHA, 1960, p. 531. In Damásio E. de Jesus, *Direito Penal, Parte Geral*, PAG. 675, 1º Vol., 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

estudiosos do direito penal é seguida por doutrinadores como: Celso Delmanto, Júlio Fabbrini Mirabete, Damásio de Jesus, Fernando Capez, dentre outros.

Nesta corrente, em nossa concepção é lacunosa, posto que, torna o conceito analítico de crime incompleto, ao cogitar que a culpabilidade não faz parte deste. No entanto, a mais correta é a análise concomitante da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, portanto, esta conclusão é seguida pela corrente majoritária da doutrina, que será vista a seguir.

A concepção Tripartida, incontestadamente aparenta ser a mais eficiente, tendo entendimento que não somente a tipicidade e ilicitude são pressupostos da pena, mas também a culpabilidade, todavia, ambas em nossa concepção colaboram para que o agente criminoso seja responsabilizado ou não pelo crime praticado.

Para esta corrente tripartida, para ocorrer uma análise de objetividade completa, e chegar a conclusão que o fato praticado na finalidade do agente é crime ou não, necessário analisar os substratos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

No mesmo seguimento, preceitua Luís Augusto Freire Teotônio, que traz o mesmo raciocínio: *“Não é correta a afirmação de alguns doutrinadores de que o finalismo apenas se afina com a corrente bipartida, que considera a culpabilidade como mero pressuposto de aplicação da pena. Welzel, considerado pai do finalismo, seus discípulos, bem assim os autores que introduziram a doutrina no Brasil, João Mestieri, Heleno Fragoso e Assis Toledo, entre outros, nunca disseram que o crime formava-se apenas pelo fato típico e ilícito, considerando sempre a culpabilidade como um dos seus elementos ou requisitos.”*<sup>7</sup>.

Nesse diapasão seguem a maioria dos doutrinadores, podemos citar, os seguintes: Edgard Magalhães Noronha, Francisco de Assis Toledo, Cezar Bittencourt, Heleno Fragoso, Aníbal Bruno, Frederico Marques, Nelson Hungria, Guilherme Nucci, Luís Régis Prado, Hans Welzel, entre outros.

---

<sup>7</sup> - TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. *Culpabilidade, Concepções e modernas tendências internacionais e nacionais*. Campinas – SP: ed. Minelli. 2002. p. 120.

Veja bem, o conceito estratificado do delito, conceito analítico, tem por escopo esmiuçar um mesmo fenômeno. Por isso o signo “elementos” vem sendo tão criticado pela doutrina moderna.

Para o direito o que importa são os aspectos formais e analíticos. O formal entendido como o enquadramento de determinada conduta a lei ocasionando uma infração a qual se comina uma consequência jurídica.

Há doutrinadores que juntam os dois conceitos para dizer que o que a gente conhece como conceito analítico é “formal-analítico”.

Pense no delito como solo, subsolo e algo mais no centro da terra. Pense em camadas. A primeira delas é o fato típico (Roxin, Damásio, Nelson Hungria, Magalhães Noronha) e tipicidade (Zaffaroni e Antonio Carlos Moni); a segunda a ilicitude e a terceira a culpabilidade.

O Conceito Formal, consagra o crime como sendo “todo fato que a lei proíbe sob a ameaça de uma pena”, ou seja, crime é a ação humana contrária a lei, todavia, esse conceito, em uma visão mesmo que perfunctória nos mostra claramente que alcança apenas um dos aspectos do fenômeno do crime, ou seja, a antijuridicidade. Essa noção acima exposta, não traz ao patamar do que é a essência do crime, é como se dissesse que crime é crime, não nos trás uma conclusão objetiva.

Sob o aspecto formal, para Fernando Capez o conceito analítico de crime resultada mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando o seu conteúdo<sup>8</sup>.

Diante da divergência que foi esse conceito puramente formal, adveio a doutrina por dois métodos, sendo o primeiro partindo de uma essência sociológica – jurídico, que trouxe a seguinte conclusão: “que o crime sempre ofende ou ameaça um bem ou um valor considerado fundamental para a coexistência social, sendo por isso protegido pelo Estado sob a ameaça de uma pena”.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> - CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, parte geral*. p. 106. v. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

<sup>9</sup> JORGE, Wellington Roberto, *Do Crime*, pag. 08, Ed. Iguatemi.

Surgindo daí, um conceito material do crime, como: O ato que ofende ou ameaça um bem jurídico tutelado pelo Estado, sob a ameaça de uma pena; ou ainda, como José Frederico Marques o conceitua “como sendo a violação de um bem jurídico penalmente protegido”.<sup>10</sup>

Já o segundo método que adveio a doutrina, tendo por alicerce o conceito formal do crime, já exposto acima, chegando - se a concluir que o crime é uma Ação, ou seja, uma manifestação da vontade humana no mundo exterior por dolo ou culpa; não basta ser apenas uma ação, mister se faz, ser uma Ação Antijurídica, ou seja, contrária ao Direito, tendo em vista, ser uma ação que desrespeita o preceito contido em uma norma jurídica.

Somente esses substratos não conceituam o crime, mas sim, ser também uma Ação Típica, pois, é uma ação que se enquadra a uma das descrições previstas no tipo penal, por fim, uma Ação Culpável, ou seja, uma ação do sujeito ativo que conscientemente ou inadvertidamente realizou todos os elementos para configurar a ação vedada em Lei (tipo), e ainda, exigindo uma conduta diversa do que a praticada pelo sujeito criminoso, tornando-se ilícito esse proceder, sendo então, a culpabilidade psico-normativa, visto que, o elemento psicológico afere-se o indivíduo ao ato (dolo ou culpa), e normativa por que é um juízo de reprovação contra o sujeito de um ato, pois, a todos compete agir em conformidade com a Lei.

***“Considerando que a política criminal deve definir o âmbito da incriminação, bem como os postulados da dogmática jurídico-penal, Roxin sustenta que a responsabilidade do autor do fato punível também deve ser elemento do conceito analítico do delito”<sup>11</sup>.***

Diante do acima exposto, diremos que o principio *nullum crimen sine lege*, adquire, hoje, maior vigor e precisão com a fórmula *nullum crimen sine typo, sine culpa et nisi contra jus*.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Apud - SILVA, José Geraldo da, Teoria do Crime, pag. 137, Ed. Millennium, 2002.

<sup>11</sup> - Apud - ROXIN, Claus. *Política Criminal y Estructura del Delito, Elementos de Delito en la Base a la Política Criminal*. Barcelona: PPU, 1992. p. 62 In Fernando Galvão e Rogério Greco, *Estrutura Jurídica do Crime*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999. p.49.

<sup>12</sup> NORONHA, E. Magalhães, Direito Penal, pag. 102, Vol. 1, Ed. Saraiva, 1985.

Pois bem, crime é a ação típica, antijurídica e culpável, e a punibilidade que afere sobre a pena, logo, não integra o crime, pois esta é o pressuposto dele, ou seja, uma consequência ou reação, com felicidade, escreve Hungria que um fato pode ser típico, antijurídico, culpado e ameaçado com a pena (*in thesi*), isto é, criminoso, e, no entanto, anormalmente deixar de acarretar a efetiva imposição de pena, como nas causas pessoais de exclusão de pena (eximentes, escusas absolutórias), tal qual se dá no furto familiar (art. 181, I e II) nas causas de extinção de punibilidade e nas extintivas condicionais (livramento condicional e sursis), em que não há aplicação de pena, mas o crime permanece.<sup>13</sup>

No entanto, para configurar se uma ação humana é crime é necessário que se reúnam todos esses elementos estruturais do crime.

Com esta pesquisa estratificada, é possível notar que abordamos os principais pontos de maneira bem sucinta e coerente para que se possa ter uma visão mais profunda sobre o conceito do crime.

Todavia, deixamos aqui mencionado, que há ainda outros tópicos de muitíssima importância, mas os essenciais foram declinados neste trabalho, portanto, para os apaixonados no direito penal, é mister, sempre buscar mais conhecimentos dos assuntos quem envolvem especificadamente os conceitos e seus substratos intrínsecos e extrínsecos.

Logo, neste artigo ficou evidente em nosso entendimento, que o crime é conceituado na concepção tripartida, ou seja, como sendo um fato típico, antijurídico e culpável, ficando como pressuposto da pena a reprovabilidade, uma vez que, todos os substratos exigidos para cada um desses elementos do conceito de crime, são imprescindíveis para a configuração do mesmo, caso falte algum dos elementos anteriormente articulados, em nosso entendimento, deixa de existir o crime, ou seja, o fato típico, antijurídico e culpável.

---

<sup>13</sup> NORONHA, E. Magalhães, Direito Penal, pag. 103, Vol. 1, Ed. Saraiva, 1985.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANÍBAL BRUNO, DIREITO PENAL, PARTE GERAL, TOMO I, 3ª ED., RIO DE JANEIRO: FORENSE, 1967.

CAPEZ, FERNANDO. *CURSO DE DIREITO PENAL, PARTE GERAL*. V. 1. 7ª ED. SÃO PAULO: SARAIVA. 2004.

FRANCO, A.S. FRANCO, C.S. JUNIOR, J.S. BETANHO, L.C. STOCO, R. FELTRIN, S.O. GUASTINI, V.C.D.R. NINNO, W. **CÓDIGO PENAL E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL**: 3ª Ed. SÃO PAULO. REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1990.

GALVÃO, FERNANDO; GRECO ROGÉRIO, *ESTRUTURA JURÍDICA DO CRIME*. BELO HORIZONTE: MANDAMENTOS. 1999.

GRECO, ROGÉRIO. *CURSO DE DIREITO PENAL, PARTE GERAL*. V. I. NITERÓI: IMPETUS. 2007.

JORGE, W. R. DO CRIME, ED. IGUATEMI.

NORONHA, E. M., DIREITO PENAL, VOL. 1, ED. SARAIVA, 1985.

RODRIGUES, M. S. V. S. L. **ABC DO DIREITO PENAL**: 13ª Ed. SÃO PAULO, REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2001.

SILVA, J. G. TEORIA DO CRIME, ED. MILLENNIUM, 2002.

JESUS, D. E., DIREITO PENAL, Vol. 1, PARTE GERAL, 28ª ED., SÃO PAULO: SARAIVA, 2005.

ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H., DIREITO PENAL BRASILEIRO, Vol. 1, PARTE GERAL, 6ª Ed., REVISTA DOS TRIBUNAIS.

[www.jus.com.br](http://www.jus.com.br) – acessado em 16 de setembro de 2009.

[www.4shared.com](http://www.4shared.com) - acessado em 15 de setembro de 2009.

Autora:

Michelle Della Torre dos Santos - Graduanda do curso de Direito (10º semestre) - Universidade Presbiteriana Mackenzie

Tema:

LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA NA ATUALIDADE.

Resumo:

Trata-se de trabalho que aborda o instituto do Direito Administrativo Brasileiro, Poder de Polícia, utilizado como instrumento da Administração Pública que visa à restrição da propriedade ou da liberdade dos indivíduos em razão do bem-estar geral da coletividade, as suas formas de atuação e os limites ao seu exercício.

Palavras-chaves: Poder, polícia, administração, limitação.

## SUMÁRIO

Introdução .....	3
1. Poder de Polícia – Evolução Histórica .....	4
2. Conceito.....	6
2.1 Preâmbulo.....	6
2.2 Poder de Polícia .....	7
3. Distinção entre Polícia Administrativa e Polícia Judiciária .....	11
4. Características .....	16
5. Competência.....	17
6. Atributos do Poder de Polícia .....	18
6.1 Discricionariedade.....	18
6.2 Autoexecutoriedade e eficácia .....	21
6.3 Coercibilidade .....	24
7. Proporcionalidade e Limites.....	25
8. Formas de atuação .....	32
Conclusão .....	33

## Introdução

O presente trabalho tem por finalidade estudar o instituto do poder de polícia, o qual está inserido no arcabouço do Direito Administrativo.

Assim, veremos sua origem etimológica, seus usos e suas alterações ao longo da história e seu conceito dentro da sistemática do Direito.

Afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o direito administrativo surgiu como ramo autônomo em fins do século XVIII e início do século XIX, em decorrência da consolidação de princípios informativos próprios.<sup>1</sup>

A análise do poder de polícia há de ser feita, portanto, em cotejo com a principiologia administrativista cuja observância é fundamental para a correta compreensão de sua estrutura.

Feita a devida menção aos seus alicerces, o conceito do instituto será explicitado consoante o entendimento de renomada doutrina, que ressalta os pormenores de sua definição e seu verdadeiro alcance.

Já tratando propriamente do tema serão estudadas suas principais características e atributos e, sobretudo, os limites que lhe afetam.

E, por fim, serão enumeradas algumas de suas principais formas de atuação no âmbito da Administração Pública.

---

<sup>1</sup> DI PIETRO, M. S. *Direito Administrativo*. 12ª Edição. São Paulo: Atlas, 2000.p.23

## **1. Poder de Polícia – Evolução Histórica**

A palavra polícia vem do latim “politia” que tem vasto significado e do grego “politeia”, um termo usado para designar as “polis” ou cidades-estado. A acepção da palavra foi se alterando em decorrência das transformações da sociedade de forma a se distanciar do sentido em que esta é usada atualmente.

O Estado de Polícia era forma anterior ao Estado de Direito, sua forma de governo é a monarquia governada por seu príncipe ou rei, detentores da soberania e da polícia. A principal diferença é a de que naquele formato o Estado não sofria limitação legal.

Durante o feudalismo, onde o príncipe concentrava o poder, seus atos eram realizados em nome da boa ordem da sociedade civil. Em contrapartida, competia à autoridade eclesiástica zelar pela boa ordem moral e religiosa da sociedade.

Aproximadamente no final do século XV, na Alemanha, o príncipe obteve maior poder para interferir na vida privada dos cidadãos, o qual, a pretexto de manter a segurança e o bem estar coletivo, estendeu-se inclusive aos assuntos religiosos ou espirituais.

O direito do poder de polícia passou por diversos momentos. A nomenclatura “Poder de Polícia” corresponde ao período em que estava relacionado à idéia de coação, era imposto pelo príncipe e até sobrepunha-se aos Tribunais.

Ocorre que este poder começou a enfrentar restrições, primeiro religiosas, militares e por fim financeiras.

Com o passar do tempo e as transformações da sociedade, houve alterações na forma como ela era gerida. O marco dessas mudanças reside no liberalismo, em que se erguia a bandeira de um Estado de Direito, que proporcionasse aos indivíduos direitos subjetivos, tal como a liberdade e a

propriedade. Nesse contexto a interferência na esfera dos cidadãos passa a se dar apenas em situações excepcionais.

Outrossim, os indivíduos encontravam-se assegurados pelas Declarações Universais de Direitos, cujos valores imbuíam as Constituições. A partir de então a polícia administrativa era em sua essência uma polícia de segurança.

Num segundo momento, o Estado Liberal transformou-se em Estado intervencionista; e, a partir de então, o poder de polícia transbordou-se para a ordem econômica e social.

Nesse momento o poder de polícia autorizava a Administração a interferir nas relações dos particulares, e por outro lado, avocava para si a imposição de obrigações positivas relativas à órbitas mais abrangentes de caráter social e econômico;

Resulta dessa atuação que, além de impor uma obrigação de não fazer como antes, passa a impor também uma obrigação de fazer, como plantar em solo não utilizado, vender produtos, o cultivar a terra, regular preços etc.

Vimos, portanto, que com a evolução do Estado houve a necessidade de ampliar seus poderes para melhor proteger e manter a ordem. No entanto, observa-se que essas medidas transcendiam o dever, trazendo um novo instrumento do Estado para intervir na propriedade, com intuito de assegurar o bem comum (função social da propriedade), podendo ser considerada uma atribuição positiva.

Nasce desta forma o poder de polícia dos tempos atuais. Doutrinadores costumam denominá-lo “limitações administrativas à liberdade e à propriedade”, por acreditarem que diante da Constituição Federal de 1988, na qual se prestigiam os direitos e garantias fundamentais, a expressão “poder de polícia” comporta diversos significados que podem deturpar o sentido que a expressão deve ter.

## **2. Conceito**

### **2.1 Preâmbulo**

Antes de abordarmos o tema, é salutar fazer menção aos princípios que equilibram os interesses coletivos e os individuais.

Estes princípios estão previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal e são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (Emenda Constitucional nº19/98). E outros foram estabelecidos pela Constituição Estadual em seu artigo 111, como o princípio da razoabilidade, a finalidade, a motivação e o interesse público.

Aqui eles serão abordados de forma sintética posto serem aplicados ao Poder de Polícia. O primeiro princípio é o da legalidade, que abrange tanto os administrados quanto Administração Pública: os primeiros podem exercer qualquer atividade que a lei não entender proibida, já a segunda só poderá agir na forma em que a lei determinar.

A impessoalidade se manifesta de duas formas, no que tange ao administrado entende-se que a Administração pratica um ato sem saber quem é a exata pessoa a ser “atingida” por ele, como no caso dos precatórios pagos na forma do artigo 100 da Constituição Federal.

Já quanto à Administração, a impessoalidade implica dizer que não são seus agentes quem praticam o ato e sim o órgão ou a entidade administrativa que este representa face ao administrado.

A moralidade é algo subjetivo, porém deve ser pautado pelos padrões de conduta da maioria (homem médio) na aplicação do ato administrativo. A publicidade se refere ao acesso dos interessados dos atos praticados pelo Poder Público.

O princípio da eficiência é apontado por Alexandre de Moraes como :

“O direcionamento do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade”<sup>2</sup>.

Assim, deve a Administração ser assídua, participativa, rápida na realização de uma ação necessária entre outras posturas que seriam realizadas no padrão do homem médio.

## **2.2 Poder de Polícia**

Tendo sob análise o indivíduo e a Administração, verifica-se que esta última tem o dever de condicionar o exercício dos direitos relativos ao bem-estar coletivo daqueles e, portanto, tudo aquilo que é garantido ao administrado pode lhe ser juridicamente limitado.

Entretanto tais limitações somente podem ser impostas pela Administração Pública com o fito de garantir alguns dos direitos individuais ameaçados devido à falta de disciplina normativa, utilizando-se, pois, do poder de polícia, desde que para garantir o interesse público, ainda que em detrimento do interesse particular.

Dessa forma, o poder de polícia é considerado a atividade que limita o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. O que se busca é a harmonia do exercício dos direitos individuais dos cidadãos e o bem-estar social ou o próprio interesse do poder público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim entende:

“Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.”<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> MORAES, Alexandre de. Direito constitucional administrativo. São Paulo: Atlas, 2002.p.109

<sup>3</sup> PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 103.

A ilustre doutrinadora arremata dizendo que o interesse público a que se fez menção corresponde aos mais diversos assuntos de interesse coletivo, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade etc. Dando-se origem à divisão da polícia administrativa em vários ramos: polícia de segurança, das florestas, das águas, de trânsito, sanitária, etc..

Sobre o conceito de poder de polícia, afirma Hely Lopes Meirelles:

“Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.”<sup>4</sup>

Já o administrativista Marçal Justen Filho faz outras considerações:

“O poder de polícia administrativa é a competência administrativa de disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo princípios da legalidade e da proporcionalidade”<sup>5</sup>

Ou seja, o poder de polícia se apóia em dois pilares fundamentais, como visto acima, por um lado a possibilidade de eventuais desvios na conduta do particular que interfiram de forma anormal na órbita da sociedade e por outro lado, a vocação da Administração Pública para a preservação do interesse público, mais amplamente, para a realização de políticas públicas que assegurem direitos decorrentes de imperativo constitucional.

Ressalte-se que esta visão se coaduna com os princípios democráticos e republicanos na medida em que os indivíduos são sujeitos de direitos fundamentais, dotados de meios civis e legais para interferir na atividade estatal sendo que a própria Administração faz também sua auto-regulação com base nas limitações que lhe são impostas.

---

<sup>4</sup> MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 131.

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.393

Há limitações ao exercício do Poder de Polícia, que são impostas pelo Poder Legislativo. Ou seja, o Estado cria as limitações administrativas mediante lei.

Vale lembrar que a Administração Pública, por sua vez, regulamenta as leis e controla sua aplicação, por meio de portarias, licenças, notificações, ordens, entre outros, seja de forma repressiva ou preventiva.

Há ainda a definição contida no artigo 78 da lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional) que conceitua o poder de polícia:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Sendo assim, é legítimo usar de todos os meios previstos em lei para proteger o meio ambiente, a propriedade ou mesmo impedir um cidadão de agir contra os bons costumes, desde que observadas a competência, processo legal e a ausência de abuso ou desvio de poder quando da lei resulte alguma discricionariedade.

Importante lembrar que o poder de polícia, ou limitações administrativas inseridos no Código Tributário Nacional em seu artigo 78, traz uma implicação, qual seja o fato de constituir o exercício desse poder um dos fatos geradores de taxa.

José dos Santos Carvalho Filho, ensina sobre o poder de polícia conceituado dentro do CTN:

“Observe-se, contudo, que a atividade do Poder Público no exercício do poder de polícia autoriza-o a exigir do interessado o pagamento de taxa, conforme exprimem a citada disposição constitucional e o art. 78 do Código Tributário Nacional. Em conseqüência, não é cabível a cobrança de tarifa, que se caracteriza como preço público, e que, diferentemente daquele tributo, tem natureza negocial ou contratual, sendo adequado, por exemplo, para remunerar serviços públicos econômicos, inclusive os executados por concessionários e permissionários de serviços públicos (energia, transportes, linhas telefônicas etc.). Desse modo, é ilícito que ato administrativo institua tarifa para remunerar o poder de polícia, quando o correto é a instituição de taxa, a ser processada por lei.”<sup>6</sup>

Prossegue o mesmo autor:

“Da mesma forma, para que seja legítima a cobrança de taxa pelo Poder Público competente, necessário se faz que a entidade exerça efetivamente o poder de polícia. Por essa razão, várias decisões judiciais invalidaram os atos de cobrança de taxa quando o Poder Público não lograva demonstrar o exercício do poder de polícia. Se é esta atividade que constitui o fato gerador do aludido tributo, logicamente inexistente fato gerador se não há o desempenho da atividade que lhe serve de base.”<sup>7</sup>

Assim, tem-se que o poder de polícia guarda grandes pontos em comum com a noção de serviço público, uma vez que traz em seu bojo as finalidades afetas ao interesse público e quando é efetivo está sujeito a gerar a taxa correspondente ao serviço prestado.

Contrariamente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, aborda o tema da seguinte forma:

“Outro atributo que alguns autores apontam para o poder de polícia é o fato de ser uma atividade negativa, distinguindo-se, sob esse aspecto, do serviço público, que seria uma atividade

---

<sup>6</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2008.p. 71.

<sup>7</sup> Idem.

positiva. Neste, a Administração Pública exerce, ela mesma, uma atividade material que vai trazer um benefício, uma utilidade, aos cidadãos: por exemplo, ela executa os serviços de energia elétrica, de distribuição de água e gás, de transporte etc.; na atividade de polícia, a Administração apenas impede a prática, pelos particulares, de determinados atos contrários ao interesse público; ela impõe limites à conduta individual.<sup>8</sup>

No entanto, se se considerar o serviço público como uma atividade positiva, estará também se considerando o mesmo para Administração no exercício de seu Poder de Polícia, uma vez que visa a um acréscimo ao indivíduo, isto é, quando o exerce, seja isoladamente ou coletivamente, o faz para proteger tanto o particular de seus próprios atos, quanto de outrem que possam interferir no coletivo e nas atividades públicas.

Diz-se que a atividade negativa do Estado está presente toda a vez que se restringe o direito do particular. Ou seja, quando a Administração impõe uma obrigação de fazer ao administrado, exemplificando, fazer o exame de habilitação para motorista para obter licença para conduzir veículos automotores.

O que é discutível, pois o intuito, na verdade, é de prevenir que no futuro possa haver infortúnios, como atividades ou situações executadas pelo particular de maneira perigosa ou nociva contrariamente ao interesse coletivo.

### **3. Distinção entre Polícia Administrativa e Polícia Judiciária**

A polícia administrativa manifesta-se através de atos normativos concretos e específicos. Tendo por objetivo manter a ordem pública geral, impedindo preventivamente possíveis infrações às leis. Essa é considerada multiforme devido ao seu caráter discricionário.

E por isso, ressalta-se o caráter preventivo da polícia administrativa em relação à atividade de cunho eminentemente repressivo da polícia judiciária. A polícia judiciária é a atividade desenvolvida por organismos com a função de reprimir a

---

<sup>8</sup> PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 108.

atividade de delinqüentes através da instrução policial criminal e captura dos infratores da lei penal, na qual estão presentes órgãos especializados como a polícia civil e a polícia militar.

Não é outro o entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello:

“[...] com base no caráter preventivo da primeira e repressivo da segunda. Esta ultima seria a atividade desenvolvida por organismo – o da polícia de segurança – que cumularia funções próprias da polícia administrativa com a função de reprimir a atividade dos delinqüentes através da instrução policial criminal e captura dos infratores da lei penal, atividades que qualificariam a polícia judiciária. Seu traço característico seria o cunho repressivo, em oposição ao preventivo, tipificador da polícia administrativa”.<sup>9</sup>

Elucidando melhor esta diferença faz-se oportuno o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“A diferença não é, no entanto, absoluta, pois a polícia administrativa tanto pode agir preventivamente (como, por exemplo, proibindo o porte de arma ou a direção de veículos automotores), como pode agir repressivamente (a exemplo do que ocorre quando apreende a arma usada indevidamente ou a licença do motorista infrator). No entanto, pode-se dizer que, nas duas hipóteses, ela está tentando impedir que o comportamento individual cause prejuízos maiores à coletividade; nesse sentido, é certo dizer que a polícia administrativa é preventiva. Mas, ainda assim, falta precisão ao critério, porque também se pode dizer que a polícia judiciária, embora seja repressiva em relação ao indivíduo infrator da lei penal, é também preventivo em relação o interesse geral, porque, punindo-o, tenta evitar que o individuo volte a incidir na mesma infração.”<sup>10</sup>

A polícia judiciária tem ainda como finalidade auxiliar o Poder Judiciário, investigando a ocorrência de delitos, perseguindo marginais ou efetuando prisões de pessoas que praticam delitos penais. Mas essa não é a sua única função, também atua na esfera preventiva, quando somente realiza policiamento de rotina em regiões de risco. Mesmo nos casos em que efetua a

---

<sup>9</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.p. 820.

<sup>10</sup> PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 105.

prisão do delinqüente é considerado uma medida preventiva, considerando que ela evita a prática de outros crimes.

Conforme visão de José dos Santos Carvalho Filho, há diferença entre as duas se estabelece da seguinte maneira:

“A polícia administrativa é atividade da Administração que se exaure em si mesma, ou seja, inicia e se completa no âmbito da função administrativa. O mesmo não ocorre com a Polícia Judiciária, que, embora seja atividade administrativa, prepara a atuação da função jurisdicional penal, o que faz regulada pelo Código de Processo Penal (arts. 4º e seguintes) e executada por órgãos de segurança (polícia civil ou militar), ao passo que a Polícia Administrativa o é por órgãos administrativos de caráter mais fiscalizador. Outra diferença reside na circunstância de que a Polícia Administrativa incide basicamente sobre atividades dos indivíduos, enquanto a polícia judiciária preordena-se ao indivíduo em si, ou seja, aquele a quem se atribui o cometimento de ilícito penal.”<sup>11</sup>

Desta forma é necessário entender que a distinção entre as duas polícias tanto a administrativa quanto a judiciária não é somente o caráter preventivo ou repressivo respectivamente. Há também em alguns casos o exercício da polícia administrativa tem caráter repressivo principalmente quando houver danos à coletividade.

José dos Santos Carvalho Filho, dá exemplos da polícia administrativa e da polícia judiciária:

“Veamos um exemplo: quando agentes administrativos estão executando serviços de fiscalização em atividades de comércio, ou em locais proibidos para menores, ou sobre as condições de alimentos para consumo, ou ainda em parques florestais, essas atividades retratam o exercício de Polícia Administrativa. Se, ao contrário, os agentes estão investigando a prática de crime e, com esse objetivo, desenvolvem várias atividades necessárias à sua apuração, como oitiva de testemunhas, inspeções e perícias em determinados locais e documentos, convocação de indiciados etc., são essas

---

<sup>11</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2008.p. 75.

atividades caracterizadas como Polícia Judiciária para, se for o caso, providenciar a propositura da ação penal.”<sup>12</sup>

Ensina ainda Celso Antonio Bandeira de Mello,

“A dissolução de um comício, de uma passeata, atos típicos da polícia administrativa, tem lugar apenas quando se revelam perturbadores da tranquilidade pública, isto é, quando já feriram o interesse protegido pelo poder de polícia e, em consequência, já causaram um dano, uma perturbação, à coletividade.”[...]

“O mesmo se diga da apreensão de produtos farmacêuticos deteriorados ou alimentos impróprios para o consumo, já postos à venda e absorvidos pelos adquirentes, cuja nocividade só chegue ao conhecimento da autoridade pública depois do dano causado. Também nestes casos a polícia administrativa sanitária não se terá caracterizado pelo caráter preventivo. O fechamento e interrupção de espetáculo ofensivo à moralidade social, da mesma forma, só ocorrerão depois de patenteada sua feição corrosiva dos valores éticos; portanto, posteriormente à ocorrência do evento anti-social. Também aí a polícia administrativa de costumes não se terá manifestado preventivamente, sem que tal fato a desnature ou a transfira para a categoria de polícia judiciária.”<sup>13</sup>

Observamos que o caráter preventivo ou o caráter repressivo está presente em ambas, mesmo que de forma implícita.

A melhor maneira de diferenciá-los seria indagando se houve o ilícito penal (a responsável é a judiciária), ou se a ação fere somente questões administrativas que buscam o bem coletivo (a responsável é a administrativa).

Nota-se também que o caráter repressivo da polícia judiciária se dá na condução do infrator ao conhecimento do Poder Judiciário para aplicação da sanção prevista.

Observe-se a jurisprudência abaixo:

---

<sup>12</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2008.p. 75.

<sup>13</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo.25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008p. 821.

“Administração Pública – Poder de Polícia – Licença e autorização. A licença e a autorização são atos de competência da polícia administrativa, sendo o primeiro vinculado e o segundo discricionário. Não pode a polícia judiciária cassá-los, posto que sua competência é responsabilizar na forma da Carta processual penal, eventuais violadores da lei ou posturas municipais, denunciando à autoridade que detém o poder de polícia administrativa as infrações e pedindo-lhe providência”. (Reex.Necess. 229 – Corumbá – TCív – Rel. Des. Marco Antônio Cândia – TJ – MS, apud ADCOAS nº 106925, 1986).”

Conclui-se que, enquanto a polícia administrativa se dispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais, a polícia judiciária se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica.

#### 4. Características

O ato de polícia, espécie de ato administrativo, tem certas características próprias, das quais destacamos: emana da Administração Pública, visa o interesse público, baseia-se no poder de império e recai sobre a propriedade ou sobre a liberdade dos administrados.

Luis Manuel Fonseca Pires caracteriza o poder de polícia da seguinte forma:

“[...] segundo toda a doutrina que declinamos podemos indicar, em geral, as seguintes características das limitações administrativas à liberdade e à propriedade: a) trata-se de uma manifestação da função administrativa; b) fundamenta-se na supremacia geral; c) absolutamente subordinada à ordem jurídica; d) caracteriza-se pela prática de atos de império, o que significa dizer que decorrem da manifestação de um poder de autoridade; e) tratam da conformação de direitos e da manutenção da ordem jurídica; f) podem fundar-se numa competência discricionária ou vinculada, mas em qualquer caso se trata de um dever da Administração, e não simples faculdade; g) pela ótica da finalidade última que se quer alcançar caracteriza-se, para parcela significativa da doutrina, por ser um não - fazer, pois se deseja que o administrado não se comporte de forma a prejudicar a si ou a terceiros; h) em alguns casos há a auto-executoriedade.”<sup>14</sup>

Pode-se dizer que a ausência de algum desses caracteres indica não se tratar do ato de polícia propriamente dito.

---

<sup>14</sup> PIRES, L. M. F. **Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade**. 2006. p. 205.

## 5. Competência

Vista de forma ampla a competência para o exercício do poder de polícia tem caráter legislativo, jurisdicional e administrativo.

A Constituição Federal dispõe sobre a competência legislativa sobre determinada matéria.

Deste modo, os assuntos federais estão sujeitos à regulamentação da União, e no que tange à implementação das políticas públicas que irão concretizar os desígnios das normas são distribuídas as funções a órgãos federais que deterão a jurisdição cada qual com a sua missão.

Já os de interesse regional sujeitam-se à expedição de normas pelo Estado-membro. Assim como cabe ao Município o exercício da polícia administrativa nos interesses locais tais como construção, transporte coletivo, loteamento (art. 30, I,V da Constituição Federal de 1988).

Conforme Marçal Justen Filho observa:

“A limitação dos abusos individuais não é uma função exclusivamente administrativa. Trata-se de um dos fins buscados pelo Estado, que justificam sua existência.”<sup>15</sup>

Ressalte-se que haverá maior complexidade nos casos em que a divisão não esteja absolutamente nítida como nos casos mencionados pelo ilustre autor que perpassam as diversas esferas administrativas, federal, estadual e municipal, como questões atinentes ao consumidor ou ao meio-ambiente que transcendem os limites territoriais e formais acima expostos.

---

<sup>15</sup> JUSTEN FILHO, M. Curso de Direito Administrativo. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.398

## 6. Atributos do Poder de Polícia

A exteriorização dos atos de polícia revela a presença de atributos que lhe são peculiares.

Em geral, esses atributos tornam viabilizam na prática o poder de polícia.

### 6.1 Discricionariedade

Aqui convém fazer um parênteses para explicar que, o ato de polícia não é sempre discricionário nem sempre vinculado, razão pela qual faremos uma breve exposição.

Vinculado ou regrado diz-se do ato adstrito à lei, isto é, ao que o Direito Positivo postula ao agente público, em todas as suas especificações.

Equivale dizer que, tais atos da administração têm liberdade mínima, pois deixando de atender qualquer requisito legal, omitindo-se ou modificando seu conteúdo, seja no motivo, na validade, *no tempo, na forma, ou* em qualquer outro modo indicados, o ato é inválido. No entanto resta à Administração o Poder Discricionário, sobre o qual posteriormente trataremos.

Deve-se verificar a co-existência dos elementos inerentes ao ato administrativo, quais sejam a competência, a finalidade e a forma com a qual a lei expressamente permite ou impede a sua utilização.

Corroborando, nesse sentido, a jurisprudência do STF, RDA 42/227:

“A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculados do ato administrativo”.

Com isso, o ato vinculado é aquele no qual o agente administrativo fica adstrito ao texto normativo, sem o qual o ato será considerado nulo e desvinculado de seu tipo padrão.

Em contrapartida, discricionário é o ato em que se verificou a necessidade da atuação do administrador preenchendo lacuna no texto legal para atender à finalidade almejada pelo legislador. Nem por isso confunde-se discricionariedade com arbitrariedade, pois a Administração é norteada por princípios próprios e constitucionais devendo sempre respeitar a proporcionalidade e a legalidade em seus atos.

Posto isso, de início, temos que a polícia administrativa na colocação de Celso Antônio Bandeira de Mello é:

“A atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo”.<sup>16</sup>

Quando a Administração se utiliza de seu poder de polícia discricionário, ela está avaliando qual será melhor sanção a ser aplicada, a conduta mais acertada perante tal caso previsto em lei. Está se utilizando da sua liberdade de agir dentro dos parâmetros legais, que podem ser rígidos ou elásticos.

A discricionariedade é a margem que se dá ao agente público para verificar a oportunidade e a conveniência de seus atos e só poderá ser considerada legítima quando exercida nos limites legais e a autoridade competente se mantenha na posição atribuída.

---

<sup>16</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 825.

De certa forma, esta amplitude de ação se justifica pelo fato da impossibilidade por parte do legislador de abarcar todas as hipóteses em que seria necessária a utilização do poder de polícia. E, de outro bordo, conforme afirma Marçal Justen Filho:

“Um regime democrático exige que a solução para o exercício da liberdade seja proporcionada às circunstâncias concretas. Logo, a lei conterà uma disciplina que funcionará como moldura delimitadora das decisões administrativas.”<sup>17</sup>

Nesse caso, resta à Administração apreciar, face aos elementos, motivo ou o objeto, o meio de ação adequado à situação.

No entanto, em determinados momentos, a lei dita à Administração como agir, é quando a lei confere ao ato certos preenchimentos legais e ao particular o direito subjetivo de requerer da administração o cumprimento da norma, como a expedição de alvará caso o estabelecimento encontre-se enquadrado em todos os requisitos para sua liberação e funcionamento.

Nesse e em outros exemplos como o das liberações das licenças para dirigir veículos automotores, o exercício das atividades profissionais para construir; Assim também como torna lícito à Administração fiscalizar, apreender ou multar, entre outros, desde que a situação de alguma maneira esteja prevista em lei como ilegal ou proibida.

Nesse caso, poderá e será um poder vinculado, como é ressaltado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“O ato de polícia vinculado é o da licença. Para o exercício de atividades ou para a prática de atos subjetivos ao poder de polícia do Estado, a lei exige alvará de licença ou de autorização. No primeiro caso, o ato é vinculado, porque a lei prevê os requisitos diante dos quais a Administração é obrigada a conceder o alvará (...)”<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> JUSTEN FILHO, M. Curso de Direito Administrativo. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.401

<sup>18</sup> PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 106.

O poder discricionário não tem uma norma padrão para ser seguida. Já nos casos em que os limites da atuação da Administração estão previstos em lei, o ato é vinculado em decorrência de uma exigência legal. Geralmente porque já houve a reiteração de um ato praticado pelo particular, fazendo-se necessária uma norma que o preveja, e lhe propicie uma sanção ou uma restrição mais adequada.

Pode-se dizer que está presente, na maior parte dos casos o poder vinculado e residualmente o poder discricionário.

## **6.2 Autoexecutoriedade e eficácia**

A autoexecutoriedade é tida como a prerrogativa da Administração usar de meios próprios para executar suas decisões sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

Nos casos em que o interesse público se sobrepõe ao do particular, a Administração não pode ficar a mercê da conduta dos administrados, impondo, desde logo, obrigações desses para como a mesma.

Uma vez presentes os pressupostos legais os atos podem ser praticados imediatamente, sem necessidade de intervenção de outro poder para torná-lo efetivo.

Corroborando, Hely Lopes Meirelles ensina:

A auto-executoriedade, ou seja, a faculdade de Administração decidir e executar diretamente sua decisão por seus próprios meios, sem intervenção do Judiciário, é outro atributo do poder de polícia. Com efeito, no uso desse poder, a Administração impõe diretamente as medidas ou sanções de polícia administrativa necessária à contenção da atividade anti-social que ela visa a obstar. Nem seria possível condicionar os atos de polícia a aprovação prévia de qualquer outro órgão ou Poder estranho à Administração. Se o particular se sentir agravado em seus direitos, sim, poderá reclamar, pela via adequada, ao Judiciário, que intervirá oportunamente para a

correção de eventual ilegalidade administrativa ou fixação da indenização que for cabível<sup>19</sup>.

O STF (RF 124/438) já decidiu que no exercício regular da autotutela administrativa, pode a Administração executar diretamente os atos previstos e emanados do seu poder de polícia sem utilização de via cominatória, posta em sua disposição em caráter facultativo.

Os doutrinadores entendem que pode ser dividida quanto à exigibilidade e quanto à executoriedade.

Na primeira, entende-se que o Poder Público utiliza-se de meios indiretos de coação, ou seja, de tomar decisões executórias. Não importando se o Judiciário é contra sua atuação no caso, basta impor ao administrado a obrigação em geral negativa.

Marçal Justen Filho<sup>20</sup> faz a distinção analisando a eficácia do ato. Assim, as medidas de polícia, segundo o ilustre autor podem ter graus de eficácia: mínimo, médio e máximo.

Este último caso que tratamos em que se utiliza meios indiretos de coação são aqueles atos de eficácia com grau médio, quando ocorrida a condição ou o termo a que subordinam

Quanto à executoriedade, também chamada de *privilège d'action d' office* e considerada medida com eficácia de grau máximo por aquele autor, a Administração utiliza-se de meios diretos de coação, nesse caso, já foi tomada a decisão executória, podendo obrigar o executado atrás da força pública que efetua tal ato ou se abstenha dele.

Didaticamente, ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

---

<sup>19</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 137.

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, M. Curso de Direito Administrativo. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.402.

“Para que a Administração possa se utilizar dessa faculdade, é necessário que a lei a autorize expressamente, ou que se trate de medida urgente, sem a qual poderá ser ocasionado prejuízo maior para o interesse público. No primeiro caso, a medida deve ser adotada em consonância com o procedimento legal, assegurando-se ao interessado o direito de defesa, previsto expressamente no artigo 5º, inciso LV, da Constituição. No segundo caso, a própria urgência da medida dispensa a observância de procedimento especial, o que não autoriza a Administração a agir arbitrariamente ou a exceder-se no emprego da força, sob pena de responder civilmente o Estado pelos danos causados (cf.art. 37, § 6º, da Constituição), sem prejuízo da responsabilidade criminal, civil e administrativa dos servidores públicos”<sup>21</sup>.

Uma exceção à autoexecutoriedade seria o caso de cobrança de multa, na qual o poder de polícia exerce a execução por inscrição na dívida ativa.

A autoexecutoriedade também está presente nos casos em que se apreende mercadorias, embarga-se uma obra com risco de cair, interdita-se estabelecimentos por falta de alvará ou destrói-se produtos nocivos à saúde, conforme previsão no Código do Consumidor.

Analisemos um caso muito comum: quando o condutor recebe uma multa por velocidade e não paga, enquanto não há o adimplemento, a administração não permite a renovação. No entanto, para que tal ato seja válido é necessário que o Poder Público notifique o infrator. Segue jurisprudência nesse sentido:

Renovação em licenciamento de veículo. Pagamento de multas de trânsito. Notificação prévia. Precedentes. 1. Prevalece nesta Corte o entendimento de que é ilegal a exigência, para a renovação de licenciamento de veículo, do pagamento de multas de trânsito sem prévia notificação do infrator. 2. A comprovação do recebimento das notificações implica no revolvimento do conjunto probatório. Incidência da Súmula 279/STF. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF –AI 495.703 Agr/SP – 1ª Turma – Rel. Min. EROS GRAU – publ.DO de 15.4.2005).

---

<sup>21</sup> PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 107.

Deste modo, a notificação, um ato de eficácia mínimo, obsta que um ato de eficácia média (a multa) influencie num ato de eficácia máxima (proibição do licenciamento).

### **6.3 Coercibilidade**

A coercibilidade não é indissociável da executoriedade, é uma possibilidade dos atos de grau de eficácia máxima, de impor o cumprimento da medida emanada pelo Poder Público por meio de força material. Segundo Hely Lopes Meirelles:

O atributo da coercibilidade do ato de polícia justifica o emprego da força física quando houver oposição do infrator, mas não legaliza a violência desnecessária ou desproporcional à resistência, que em tal caso pode caracterizar o excesso de poder e o abuso de autoridade nulificadores do ato praticado e ensejadores das ações civis e criminais para reparação do dano e punição dos culpados<sup>22</sup>.

Como em todo ato realizado pela Administração Pública, é necessário agir com cautela no estrito cumprimento da lei (princípio da proporcionalidade). Não basta a mínima resistência do administrado para o “esbofetear”, é de suma importância que o exercício de uma função que vise o interesse público, o Poder Público aja com o mínimo de agressividade, a utilização de meios violentos reduz sensivelmente a carga de sua legitimidade política, podendo até incorrer em abuso de poder. Vejamos:

Poder de Polícia – Fiscalização – Abuso de Poder. Comete desvio e abuso do poder a autoridade que, à guisa de proteger o direito dos trabalhadores ao descanso semanal remunerado (Lei nº 605/49), ordena o fechamento de supermercado em funcionamento em dia de domingo, sob a alegação de que, por não comerciar somente genéricos alimentícios, faria concorrência desleal aos mercados; e, não atendida sua ordem, posta-se à entrada do estabelecimento a aplicar repetidamente a multa prevista na CLT. (ApCív nº 64.038 – 1982 – 5ª Turma do TFR – Rel. Min. JUSTINO RIBEIRO – *in RDA 149/189*).

---

<sup>22</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 138.

## 7. Proporcionalidade e Limites

Conforme visto no capítulo anterior o Poder de Polícia possui três atributos essenciais para sua aplicabilidade (discricionariedade, autoexecutoriedade, coercibilidade).

O Poder de Polícia sofre as mesmas restrições impostas aos atos administrativos, relativas à competência, à forma e a finalidade, que são condições *sine qua non* de eficácia de todo ato administrativo.

A competência diz respeito a quem a lei atribui o poder de aplicar determinado ato, configurando uma característica subjetiva por delimitar a atribuição do agente público.

A forma configura o meio através do qual emerge o ato ao mundo fenomênico e estabelece uma manifestação de como será aplicado determinado ato no caso concreto, gerando uma limitação da ação ou da omissão dos administrados nos limites estabelecidos em lei.

Por fim, a finalidade dos atos da Administração sempre estará vinculada à supremacia do interesse público. Neste peculiar aspecto, leciona a doutrina, que uma característica dos atos administrativos decorrentes do Poder de Polícia no que tange à finalidade está em qualificar como restrição a prática de certos atos pelos administrados, configurando um aspecto negativo à prestação da atividade administrativa.

Entretanto os primeiros limites a serem impostos ao Poder de Polícia advêm da própria Constituição Federal, que são os direitos fundamentais declarados e assegurados por esta em seus artigos 5º, 147 e 170, incisos II e III, entre outros.

Com efeito, todos têm direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade. No entanto, apesar desses direitos pertencerem a cada administrado individualmente e serem invioláveis, tais qualidades não os torna absolutos, já que a harmonia entre os direitos dos cidadãos depende da relativização dos direitos individuais a ponto de permitir a coexistência de todos os interesses juridicamente tutelados. Nos dizeres de São Tomás de Aquino: “o direito de um acaba a partir do momento em que começa o do outro”.

Desta forma, cabe à Administração por meio do Poder de Polícia fiscalizar e aplicar sanções àqueles que não seguirem as normas, e a cada cidadão ceder uma parcela interesses particulares com a finalidade de garantir a totalidade dos direitos individuais e da sociedade. Cabendo ao Estado prover segurança, educação, saúde, ordem entre outros, de forma a não haver conflitos e sim promovendo bem estar geral, sem restringir ou coibir a efetiva manifestação dos direitos individuais.

As condutas individuais restritas pelo Poder de Polícia, mesmo que muitas vezes não constituam crimes, são inconvenientes ou até mesmo nocivas ao interesse da coletividade, sujeitando-se às limitações legais. Contudo, haverá hipóteses em que a lei não abrangerá a totalidade das circunstâncias e demandará do intérprete a capacidade de adequar os preceitos contidos no princípio da estrita legalidade e da supremacia do interesse público para o fim de adequadamente aplicar a norma geral ao caso concreto.

Neste sentido leciona Odete Medauar:

“a) Existem lei disciplinadora do direito fundamental. Neste caso, o poder de polícia é limitado pelos preceitos da lei, não se admitindo prescrição mais rigorosa que a lei; as restrições da lei devem ser interpretadas de modo restrito, isto é, no sentido mais favorável ao exercício do direito. Por vezes a lei confere à autoridade administrativa a faculdade de agravar disposições da lei, em casos especiais, mas sempre de modo temporário.

b) Inexiste lei disciplinadora do direito fundamental. Neste caso, observadas as regras de competência, a medida de polícia, sempre fundamentada no interesse público, deve ser: b1)

necessária, isto é, exigida ante as circunstâncias, para evitar conflitos, desordens, perigo à integridade de pessoas e bens; b2) eficaz, isto é, adequada para evitar perturbações; b3) proporcional à gravidade da possível perturbação; por exemplo: em locais sem nenhum afluxo de pessoas; em geral medidas temporárias podem ser mais rigorosas que medidas gerais e permanentes<sup>23</sup>.

Ademais, limita a atuação do Poder de Polícia o princípio da legalidade, que consiste na implementação dos meios expressamente previstos em lei. A lei é, consoante a melhor doutrina, a exteriorização da vontade da Administração, que só fará o que a lei permite.

À guisa de comparação, no âmbito do direito privado, vigora o princípio da autonomia da vontade (relativizado), em que se atribui validade a tudo que não é proibido pelo ordenamento jurídico.

No entanto há casos em que a situação concreta propõe desafios que a lei não oferece limitação clara, ou seja, se mostra omissa, cabendo à Administração, com o fim de dar continuidade às atividades que vem sendo desenvolvidas, se utilizar de sua discricionariedade para solução do conflito, se pautando sempre no princípio da proporcionalidade entre os meios empregados e os fins visados.

Em seu livro Irene Patrícia Nohara, visualiza o desdobramento desse princípio em três:

“ 1) *adequação*, só uma situação fática extremada autoriza medidas como a demolição de obra ou a destruição de bens particulares;  
2) *necessidade*, não dever haver imposição de sanção desnecessária e excessivamente gravosa;  
3) *proporcionalidade em sentido estrito* entre a limitação do direito e a gravidade da situação.”<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.396.

<sup>24</sup> NOHARA PATRÍCIA, Irene. **Direito Administrativo**. 2009. p 39.

Deve haver adequação entre o ato praticado e a medida a ser aplicada, sob pena do ato ser nulo por incorrer em abuso de poder.

Hely Lopes Meirelles ponderou sobre o princípio da proporcionalidade:

“Sacrificar um direito ou uma liberdade do indivíduo sem vantagem para a coletividade invalida o fundamento social do ato de polícia, pela desproporcionalidade da medida. Desproporcional é também o ato de polícia que aniquila a propriedade ou a atividade a pretexto de condicionar o uso do bem ou de regular a profissão. O poder de polícia autoriza limitações, restrições, condicionamentos; nunca supressão total do direito individual ou da propriedade particular, o que só poderá ser feito através de desapropriação.

A desproporcionalidade do ato de polícia ou seu excesso equivale a abuso de poder e como tal, tipifica ilegalidade nulificadora da sanção.

Os meios devem ser legítimos, humanos e compatíveis com a urgência e a necessidade da medida adotada.

Só a resistência do particular a ordens e proibições legais legitima o emprego moderado da força pública para removê-la, como último recurso contra o capricho do administrado ao poder de polícia da Administração”<sup>25</sup>.

Em mesma vertente nos diz Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“A autoridade que se afastar da finalidade pública incidirá em desvio de poder e acarretará a nulidade do ato com todas as consequências nas esferas civil, penal e administrativa.

A finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem – estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais”<sup>26</sup>.

Outrossim, o Poder de Polícia está vinculado à lei ou ao princípio da proporcionalidade, de qualquer maneira como já visto anteriormente, ao limitar o direito de seus administrados este deve sempre estar imbuído de um motivo fundado no preceito da adequação entre a conduta a ser adotada e a sanção imposta. Exemplificativamente, se numa padaria, ao ser fiscalizada,

---

<sup>25</sup> MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2005. p. 141.

<sup>26</sup> PIETRO, M. S. Z. D. **Direito Administrativo**. 2007. p. 109.

encontrarem-se ratos, a medida a ser utilizada será multa e possivelmente interdição do estabelecimento, no entanto, depende da quantidade de ratos no local e das condições de higiene. Não poderia a Administração Pública aplicar uma multa de um milhão de reais ou mesmo interditar o estabelecimento comercial pelo aparecimento de um simples rato, todavia, aplicar uma notificação seguida de multa de algo aproximado de quinhentos reais seria hipótese plausível (exemplo fictício).

Cumprido destacar que o exercício do Poder de Polícia é evidentemente norteado pelo preceito do devido processo legal. Assim como no Poder Judiciário o conflito de interesses deve ser solucionado pelos princípios garantidores do devido processo legal, a Administração quando aplica sanções àqueles que praticam atos contrários ao interesse público, também deve resguardá-lo.

Em ambos é obrigatória a presença do contraditório e da ampla defesa. No processo administrativo a previsão encontra-se no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Ademais, o controle do ato de polícia está sujeito aos controles vigentes em âmbito administrativo e judicial. Diogenes Gasparini, explica:

“... contra eles cabem os recursos administrativos (recurso hierárquico) e judiciais (mandado de segurança, ação civil pública, ação popular) para obstar os gravames que podem causar aos administrados, à própria Administração Pública e à coletividade (interesses difusos e coletivos)”<sup>27</sup>.

Oportuno ressaltar o direito subjetivo de obstar o ato administrativo que ocorre em desacordo com tais limitações. Porque são diversas as intervenções estatais na vida do particular conforme alerta o saudoso doutrinador Hely Lopes Meirelles:

“A extensão do poder de polícia é hoje muito ampla, abrangendo desde a proteção à moral e aos bons costumes, a preservação da saúde pública, o controle de publicações, a

---

<sup>27</sup> GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p 123.

segurança das construções e dos transportes até a segurança nacional em particular.

Daí encontramos nos Estados modernos a polícia de costumes, a polícia sanitária, a polícia das construções, a polícia das águas, a polícia atmosfera, a polícia florestal, a polícia de trânsito, a polícia dos meios de comunicação e divulgação, a polícia das profissões, a polícia ambiental, a polícia da economia popular, e tantas outras que atuam sobre atividades particulares que afetam ou possam afetar os superiores interesses da comunidade que ao Estado incumbe velar e proteger. Onde houver interesse relevante da coletividade ou do próprio Estado haverá, correlatamente, igual poder de polícia administrativa para a proteção desses interesses. É a regra, sem exceção.

Com a ampliação do campo de incidência do poder de polícia, que se iniciou com a necessidade de proteger os habitantes das cidades romanas – *polis*, gerando o termo *politia*, que nos deu o vernáculo *polícia* - , chegamos, hoje, a utilizar esse poder até para preservação da segurança nacional, que é, em última análise, a situação de tranqüilidade e garantia que o Estado oferece ao indivíduo e à coletividade, para a consecução dos objetivos do cidadão e da Nação em geral<sup>28</sup>.

E prossegue o mesmo autor:

“As sanções do poder de polícia, como elemento de coação e intimidação, principiam, geralmente, com a multa e se escalonam em penalidades mais graves como a interdição de atividade, o fechamento de estabelecimento, a demolição de construção, o embargo administrativo de obra, a destruição de objetos, a inutilização de gêneros, a proibição de fabricação ou comércio de certos produtos, a vedação de localização de indústrias ou de comércio em determinadas zonas e tudo o mais que houver de ser impedido em defesa da moral, da saúde e da segurança pública, bem como da segurança nacional, desde que estabelecido em lei ou regulamento<sup>29</sup>”.

Conforme demonstrado, é de suma importância a aplicação da sanção respaldada pela lei, bem como, pelo princípio da proporcionalidade, ou seja, o dano causado à sociedade ou ao próprio Estado pela prática de um ato de um ou mais administrados vai gerar uma sanção que deve ser aplicada conforme a extensão do dano causado.

---

<sup>28</sup> MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2005. p. 134.

<sup>29</sup> Idem. p. 139 e 140.

Através da ADI 1.969/99, Irene Patrícia Nohara menciona exemplo de desproporcionalidade:

“Não foi proporcional o decreto editado pelo governo do Distrito Federal que vedava a realização de manifestação de carros, aparelhos e objetos sonoros, porque sem esses meios praticamente se inviabilizaria o protesto pacífico típico do direito de reunião, tal qual praticado em todos os países democráticos”.<sup>30</sup>

A desproporcionalidade da Administração esta presente em vários casos envolvendo o Poder de Polícia, pois esta tem que tomar muitas vezes decisões de forma rápida para evitar dano iminente.

Assim sendo, quando da atuação do Poder Público, há que se aferir, na situação concreta, o interesse da sociedade, juntamente como os limites da Administração e os princípios já expostos.

---

<sup>30</sup> NOHARA PATRÍCIA, Irene. Direito Administrativo. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.p 39.

## **8. Formas de atuação**

A atuação da Administração recai sobre a utilização de bens e exercício de atividades quaisquer, de modo a promover o bem estar geral da coletividade e, como já vimos, nem sempre requer um ato de polícia de grau máximo de eficácia.

De forma ampla, o poder da Administração atua em três sentidos :

- Atos normativos: decretos, resoluções, portarias, instruções
- Atos administrativos/Operações materiais: que se subdividem em medidas preventivas (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença) e medidas repressivas (dissolução de reunião, interdição, apreensão de mercadorias, internação de pessoa com doença contagiosa)

## Conclusão

Com relação ao tema exposto há dois pontos extremamente delicados: um é o exercício da Administração pública, cuja finalidade, em última análise repousa na supremacia do interesse público e o outro é o relevante aspecto da preservação dos direitos individuais do administrado, ambos sob a égide do Estado Democrático de Direito.

Há que se destacar que a Administração Pública age para alcançar os fins do Estado, utilizando-se do Poder de Polícia como instrumento.

E que os atos administrativos são gênero do qual o ato de polícia é espécie sujeitando-se aos mesmos requisitos quanto para que seja considerado válido.

Comum se confundir polícia administrativa e polícia judiciária, e que para diferenciá-las é preciso três critérios: fazer a correta caracterização da primeira, identificação da instituição que a detém e verificar a ocorrência do ilícito penal para acionamento da segunda, que não se exaure em si, mas sim encaminha o infrator ao Poder Judiciário.

Observa-se que, as medidas do poder de polícia têm graus de eficácia crescente conforme a utilização de meios materiais pela Administração de se coibir ou obrigar determinada conduta do administrado. Classificando-se em normativas e administrativas, de caráter preventivo e repressivo.

Finalmente, verifica-se o Poder de Polícia constitui um instituto dotado de atributos que lhe cercam de efetividade quais sejam: coercibilidade, discricionariedade e autoexecutoriedade

Entretanto nem por isso pode ser exercido de forma inadequada ou desproporcional porque está sempre sujeito ao ordenamento jurídico.

## Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BEZDOS, Clóvis. Poder de Polícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2007.

FONSECA PIRES, Luis Manuel. Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, M. Curso de Direito Administrativo. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2006

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional administrativo. São Paulo: Atlas, 2002

NOHARA PATRÍCIA, Irene. Direito Administrativo. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

## **OS PORTADORES DE DOENÇA GRAVE TEM DIREITO A ISENÇÃO DE IMPOSTOS!**

Os portadores de doença grave tem direito a isenção de tributos e benefícios especiais, de acordo com a legislação brasileira.

A Lei brasileira concede benefícios especiais para casos comprovados. A doença deve ser comprovada com perícia de serviço médico oficial.

Pela lei, quem tiver doença grave comprovada tais como: Aids, Cancer, Cegueira, Contaminação por Radiação, Doença Renal, Doença do Fígado, Doença do Coração, Doença de Paget em estados avançados, Doença de Parkinson, Esclerose múltipla, Hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, tuberculose ativa, alienação mental, pode pleitear os seguintes benefícios como:

- comprar um veículo;
- quitar a casa própria( desde que esteja financiada pela Caixa Economica Federal);
- ter prioridade em atendimento judicial;
- conseguir o tratamento médico custeado pelo governo ou plano de saúde;
- viajar dentro do estado sem pagar passagem de ônibus, trem ou metrô;
- isenção do imposto de renda retido na fonte.

Na Lista de tributos dos quais os portadores de doença grave podem obter isenção, estão Imposto de Renda, Imposto sobre Operações Financeiras(IOF), Imposto sobre Produtos Industrializados, Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços(ICMS),e Imposto sobre a Propriedade de Veiculos Automotores(IPVA).

A lei ainda prevê que o paciente pode pedir a liberação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e o PIS/PASEP para usar no tratamento de doenças crônicas e degenerativas.

No caso do Imposto de Renda, a isenção do tributo é apenas para pacientes aposentados ou que recebem pensão. Mas a boa notícia é que já existem juízes que entendem que pessoas que tem outras fontes de renda também podem conseguir o benefício.

A isenção é computada a partir da confirmação do diagnostico. Por exemplo a doença foi diagnosticada em 2002, mas a fonte pagadora continua descontando, você pode reaver o dinheiro descontado indevidamente.

Mesmo depois da morte do contribuinte, a viúva ou os dependentes podem pedir a devolução do imposto, desde que seja respeitado o prazo de cinco anos de prescrição.

Para usufruir da isenção, inicialmente o contribuinte deve comprovar ser portador da doença apresentando laudo pericial emitido por serviço médico oficial da União, Estado, DF ou municípios junto a sua fonte pagadora.

Após o reconhecimento da isenção, a fonte pagadora deixará de proceder aos descontos do imposto de renda.

Caso a fonte pagadora reconheça a isenção retroativamente, isto é, em data anterior cujo descontos do imposto na fonte já foi efetuado, ocorre duas situações:

a) o contribuinte pode solicitar a restituição na Declaração de Ajuste Anual do exercício seguinte, declarando os rendimentos como isentos a partir do mês da concessão do benefício.

b) se o reconhecimento da fonte pagadora retroage a data de exercícios anteriores ao corrente, então, dependendo dos casos, adota-se, apresentar a declaração de imposto de renda retificadora para esses exercícios.

Outro caso é que também se a doença puder ser controlada, o laudo mencionado o tempo do tratamento, a isenção também vale para esse período.

Em síntese se for comprovado que a doença existia há algum tempo, é possível pedir a devolução do imposto de renda descontado na aposentadoria ou na pensão recebida nos anos anteriores.

Mas existem situações que não geram isenção: São os rendimentos decorrentes de atividade, isto é, se o contribuinte for portador de uma moléstia, mas ainda não se aposentou, também não gera isenção os rendimentos decorrentes de atividade empregatícia ou de atividade autônoma, recebidos conjuntamente com os de aposentadoria, reforma ou pensão, nem rendimentos de alugueis

Por isso se você enquadra-se nas situações acima, procure orientação com um profissional.

Márcio Leme de Paula, Consultor Tributário, e  
Estudante 2º. Direito-Faculdade Barretos.

e-mail (marcio-btos@ hotmail.com).