

ISSN 1983-8662

Revista do CEJ

**Centro de Estudos Judiciários
Tribunal de Justiça de Pernambuco**

Ano 2– n. 3 – junho 2009



Fórum Desembargador Rodolfo Aureliano.
Av. Desembargador Guerra Barreto, n. 200, 4º andar/Norte, Joana Bezerra,
Recife-PE.
www.tjpe.jus.br/cej

Ficha Técnica

Título: Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários

Editora: Tribunal de Justiça de Pernambuco

Capa: Micheliney Freitas Pessoa e Hélder Carapeba

Diagramação e Revisão: Maria de Lourdes Campos e
Camilla Rosa Soares Campos

Impressão: CCS.Gráfica e Editora

Ano: II

Nº de edição: 3

3ª edição: 1.500 exemplares

ISSN: 1983-8662

Revista do CEJ. Tribunal de Justiça de Pernambuco / Centro de Estudos Judiciários. (Ano I, n.1, 2008) – Recife: O Tribunal, 2009.

Ano II, n.3. Jun.2009
156p.

Semestral
ISSN 1983-8662

1. Direito - Periódico 2. Centro de Estudos Judiciários. I. Título.

CDD 341.4197



Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco

Diretoria

Biênio 2008/2010

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Diretor

Juiz Alexandre Freire Pimentel

Vice-Diretor

Juiz José André Machado Barbosa Pinto

Coordenador de Cursos de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento

Juiz Evanildo Coelho de Araújo Filho

Coordenador Adjunto de Cursos de Formação, Treinamento e
Aperfeiçoamento

Juiz Sílvio Romero Beltrão

Coordenador de Eventos Científicos e Culturais

Juiz Lúcio Grassi de Gouveia

Coordenador Adjunto de Eventos Científicos e Culturais

Juiz André Vicente Pires Rosa

Coordenador de Divulgação Científica e Cultural

Juíza Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz

Coordenadora Adjunta de Divulgação Científica e Cultural

Juiz Carlos Damião Pessoa Costa Lessa

Coordenador de Projetos e Pesquisas

Juíza Nalva Cristina Barbosa Campello

Coordenadora Adjunta de Projetos e Pesquisas

Juiz Carlos Frederico Gonçalves de Moraes

Coordenador de Desenvolvimento do Patrimônio Científico e Cultural

Juiz João Maurício Guedes Alcoforado

Coordenador Adjunto de Desenvolvimento do Patrimônio Científico e
Cultural



Comissão Editorial

Presidente

Doutor Alexandre Freire Pimentel

Membros

Doutor André Vicente Pires Rosa

Doutor Ivo Dantas

Doutor João Maurício Adeodato

Doutor Nelson Saldanha

Doutor Peter Eisenbarth

Equipe técnica

Maria de Lourdes Rosa Soares Campos

Elizabete Cavalcanti Gil Rodrigues

Maria Emilia Regis Cavalcanti Pinto

Mariana de Andrade Santos Dias

Gerlany Lima da Silva

Camilla Rosa Soares Campos

Sumário

Apresentação

Jones Figueirêdo Alves.....07

Dilação do prazo de intimações e citações, pelo diário oficial, em comarcas do interior por ato da corregedoria

Alexandre Freire Pimentel.....09

Súmula ou jurisprudência vinculatórias?

André Vicente Pires Rosa.....22

A Cessão de direitos hereditários no novo Código Civil. Breves comentários

Eurico de Barros Correia Filho..... 34

A Lei n. 11.690/08 e a iniciativa probatória do juiz no processo penal

Fernanda Moura de Carvalho.....49

Prolegômenos da Justiça Terapêutica

Flávio Augusto Fontes de Lima.....71

Breves considerações acerca do ativismo judicial e da proibidade processual

Lúcio Grassi de Gouveia.....83

Direito do consumidor – acidente de consumo, algumas considerações práticas.

Luiz Mário de Góes Moutinho.....95

A união homoafetiva no Direito das Famílias contemporâneo. Aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais

Maria Auri Alexandre Ribeiro.....115

Cumprimento de sentença condenatória de obrigação pecuniária: seu procedimento

Ricardo de Oliveira Paes Barreto.....137

Apresentação

A Revista do Centro de Estudos Judiciários, idealizada e editada na atual gestão do Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto, Diretor do CEJ, completa, este ano, o seu primeiro aniversário.

Contando já com dois volumes em circulação, brinda-nos, agora, com o seu terceiro, que abriga estudos sobre:

(i) atos citatórios e intimatórios, no atinente à dilação dos prazos respectivos, por ato da Corregedoria, para comarcas do interior;

(ii) adoção de súmula ou jurisprudência vinculatórias, como necessidade de assegurar padrões similares na solução de casos que guardem entre si relação de semelhança;

(iii) a inovação trazida pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, que incluiu o atual inciso I no art. 156 do Código de Processo Penal, conferindo aos juízes criminais, dentre suas atribuições, poderes investigatórios;

(iv) prolegômenos da justiça terapêutica;

(v) o ativismo judicial no propósito de garantir a prevalência do princípio da probidade processual;

(vi) questões atinentes à união homoafetiva no Direito das Famílias contemporâneo, com destaque para aspectos legais, doutrinas modernas e avanços jurisprudenciais; e

(vii) detalhes procedimentais para cumprimento de sentença de cunho obrigacional pecuniário.

A Revista do CEJ, como se vê, reúne artigos das mais variadas vertentes do Direito; temas de interesse não apenas da magistratura, mas de todos os profissionais atuantes na área jurídica, com o propósito de disseminar o

conhecimento e melhorar, com isso, a prestação jurisdicional.

Reflete, nesse contexto, a preocupação do atual Diretor do CEJ em contribuir com a qualidade da justiça – para uma solução justa e eficaz – e a rapidez do processo, na certeza de que o tempo constitui um dos fatores primordiais à eficácia da prestação jurisdicional. Uma preocupação, em última análise, com o próprio jurisdicionado, que acessa o Judiciário ansiando por justiça.

O Desembargador Ricardo Paes Barreto corporificou a sua visão didática de professor com a prática de magistrado comprometido com a atividade judicante na Revista por ele idealizada, dando-lhe singularidade – uma agregação de ciência e prática, destinada, como antecipado alhures, ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. E a perfeita sintonia entre o seu lado professor e o seu lado magistrado, aliada à criatividade que lhe é peculiar, é que fez da Revista do CEJ, em tão curto espaço de existência – apenas um ano –, veículo de referência para a pesquisa jurídica.

Parabéns ao Des. Ricardo Paes Barreto, Diretor do CEJ, por mais esse extraordinário volume, que eu tenho a honra e a satisfação de apresentar.

A todos uma boa leitura.

Des. Jones Figueirêdo Alves
Presidente do TJPE

Dilação do prazo de intimações e citações, pelo diário oficial, em comarcas do interior por ato da corregedoria

Alexandre Freire Pimentel¹

Sumário: Introdução. 1 O disciplinamento da matéria no código de processo civil. 2 A tentativa inicial de supressão da omissão legislativa pela jurisprudência. 3 Confronto da jurisprudência do STF e do STJ: durante a vigência do CPC de 1939 e o código de 1973. 4 A situação atual no estado de Pernambuco: considerações finais. Referências.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo a análise da constitucionalidade e legalidade de atos administrativos de corregedorias gerais da justiça e tribunais estaduais que dilatam prazos processuais estabelecidos no CPC para comarcas do interior, quando a decisão judicial é publicada no diário oficial. Visa também esclarecer como a situação é atualmente regida no estado de Pernambuco.

Palavras-chave: Prazos. Intimação. Comarcas do interior. Diário oficial.

Abstract: This research aims at analyzing the administrative acts in the Justice General Tribunals, in Brazil, concerning the constitutionality and legality, when they extend the CPC established procedural deadlines for the inner

¹ Juiz de Direito. Assessor Especial da Corregedoria Geral da Justiça. Vice-Diretor do Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação da ESMAPE. Ex-Promotor de Justiça. Mestre e Doutor em Direito pela FDR-UFPE, Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pernambuco (graduação, especialização e mestrado) e da Faculdade de Direito do Recife (FDR-UFPE).

circuit courts whenever they are published at the Official Newspaper. It also aims at clarifying how this situation is managed by the Pernambuco State.

Key-words: Deadlines. Notification. Inner circuit courts. The Official Newspaper.

Introdução

Este breve ensaio destina-se a demonstrar a validade de atos administrativos editados por corregedorias e tribunais estaduais que dilatam os prazos de intimações e citações de advogados e das partes em comarcas do interior, nas quais o diário oficial não circula no mesmo dia que transita na comarca da capital.

A justificativa dessa dilação reside na tentativa de salvaguardar o princípio da isonomia entre advogados e partes quanto à fluência dos prazos processuais. Por óbvio, os advogados que militam na capital têm ciência das decisões judiciais concessivas de prazos para a prática de atos a seus encargos bem antes dos que se encontram em comarcas do interior, quando o diário da justiça nelas circular com atraso.

A problemática central deste artigo consistirá em perquirir se há, ou não, quebra da competência constitucional instituída no artigo 22, I, da Constituição Federal, ou seja, se o regramento sobre dilação de prazo feito por órgão censor de tribunal de um estado membro da federação consistiria em regulação de matéria processual e, portanto, afeta apenas ao parlamento federal. Além disso, será analisado, em particular, o tratamento da matéria no estado de Pernambuco. Esses são os propósitos deste trabalho.

1 O disciplinamento da matéria no código de processo civil

O *caput* do artigo 236 do CPC estabelece que “No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial”. O artigo seguinte, por sua vez, prescreve que nas demais comarcas aplicar-se-á o disposto no artigo acima transcrito, desde que haja órgão de publicação dos atos oficiais; não o havendo, competirá ao escrivão intimar, de todos os atos do processo, os advogados das partes, pessoalmente ou por carta registrada do correio. De pronto, pode-se concluir que, nas comarcas em que o diário oficial circular, ainda que com atraso, serão dispensadas as demais formas de ciência de atos jurisdicionais, exceto nos casos nos quais o magistrado decidir de modo contrário em atenção às peculiaridades da causa. O CPC atual, aliás, manteve a tradição do código de 1939, cujo artigo 168, § 1º, também rezava que as intimações se consideravam perfeitas pela simples publicação no órgão de imprensa oficial, rompendo com a antiga forma de intimação através de expedição de mandado.

A ideia do legislador do primeiro código de processo civil federal, portanto, foi dispensar a intimação pessoal, ou por carta do correio, aos advogados das localidades em que o jornal oficial circulava, regra que se mantém até os dias atuais, sendo que, recentemente, a lei n. 11.419/06 permitiu que as intimações fossem também efetuadas por meios eletrônicos. Aliás, a instituição do diário oficial eletrônico dispensará qualquer outra forma de ciência dos atos processuais. Mas, enquanto não houver a instituição do diário da justiça eletrônico em todos os estados da federação, a preocupação com a demora da circulação do diário oficial impresso em comarcas do interior continuará a se apresentar como uma inexorável realidade merecedora de tratamento especial. Com base nessa

constatação, Pontes de Miranda chegou a expressar a seguinte preocupação: “A regra do art. 236 não podia resistir à crítica, por saírem, por vezes, atrasados os órgãos oficiais”². Foi por esse motivo que, em 1951, ainda durante a vigência do CPC de 1939, a lei n. 1.408 dilatou por um dia os prazos processuais quando a publicação do diário oficial ocorresse à tarde³. Tal fato demonstra inequivocamente a necessidade de se dilatarem os prazos em determinadas comarcas, quando houver atraso na circulação do diário oficial.

2 A tentativa inicial de supressão da omissão legislativa pela jurisprudência

Foi em razão dessa inquietação que o superior tribunal de justiça, ainda quando do seu prelúdio, passou a entender pela necessidade de se acrescentar um dia útil aos prazos processuais quando o diário oficial não circulasse na comarca no mesmo dia em que fora publicado⁴.

² MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Tomo III. p. 325.

³ O art. 4º dessa lei rezava que: “Se o jornal, que divulgar o expediente, se publicar à tarde, serão dilatados de um dia os prazos que devam correr de sua inserção nessa folha e feitas, na véspera da realização do ato oficial, as publicações que devem ser efetuadas no dia fixado para esse ato”.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.419-MA. Recorrente: Banco Sudameris Brasil S.A. Recorrido: Savoy Empreendimentos Hoteleiros. Relator: Min. Armando Rollenberg. Brasília, DF, 04 de setembro de 1989. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/imagem/acordaos.asp?num_registro=198900118226&dt_publicacao=11/12/1989p>. Acesso em: 12.02.09: “No caso de Diário Oficial que não circula no mesmo dia da edição, o prazo para recurso começa a correr a partir do primeiro dia útil, após a data da circulação.”

A construção pretoriana, no entanto, vacilou no decorrer da história da interpretação do artigo 236 do CPC. Chegou-se a considerar, por exemplo, como válidas intimações perpetradas pelo diário oficial a advogados que militavam não apenas noutra comarca do mesmo estado, na qual o diário da justiça circulava com atraso, porém, mais ainda, quando o advogado tinha escritório noutra estado da Federação distinto daquele por onde tramitava o feito, e isso numa época em que a internet ainda no Brasil ainda era incipiente⁵.

Inicialmente, os tribunais tentaram suprir a falta de disciplinamento legal, que especificasse uma regra própria para salvaguardar o princípio da isonomia processual com a contagem dilatada dos prazos nas comarcas nas quais o diário oficial não circulasse no mesmo dia da sua edição nas capitais, através de exercício hermenêutico, chegando-se a prever, por exemplo, qual das intimações devia prevalecer quando ocorressem duas, sobre o mesmo ato, para o mesmo advogado, tendo o tribunal federal de recursos decidido que: “Se forem feitas duas intimações, uma pela imprensa no órgão oficial, outra, posterior, pessoalmente ao advogado, conta-se o prazo da primeira”⁶. Na sistemática atual, todavia, essa regra só deve prevalecer a partir de uma interpretação que considere que a primeira intimação ocorreu no dia da circulação do diário oficial na comarca. Do contrário, o advogado estaria a sofrer

⁵ NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 214; Este autor, a propósito, coletou alguns arestos sobre no seguinte sentido: “A intimação pela imprensa vale mesmo para os advogados residentes em outra comarca ou em outro Estado (STJ-4ª Turma, REsp 23.992-2 [...]) e se considera feita no dia da publicação, e não naquele em que o jornal circula na cidade em que o advogado tem escritório (RTJ 146/316, RTFR 102/161, JTA 87/343, 109/348”.

⁶ (TFR 3ª Turma, AC 84.365-PR). *Ibidem*, *loc. cit.*

inegável prejuízo quanto à contagem do prazo, porquanto, apesar de não ter ciência da determinação judicial, o lapso de tempo para se desincumbir já estava a fluir.

3 Confronto da jurisprudência do STF e do STJ: durante a vigência do CPC de 1939 e o de 1973

Antes da instituição do superior tribunal de justiça o supremo tribunal federal acumulava a competência para interpretar a lei federal infraconstitucional. Tanto na vigência do CPC de 1939, quanto na era do atual código, prevaleceu no STF o entendimento pelo qual a contagem dos prazos recursais devia ter como parâmetro o dia em que o diário oficial circulava na comarca da capital e não na do interior, ainda que houvesse retardamento da circulação⁷. Contudo, a Constituição Federal transferiu essa competência

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus n. 62628/RO. Recorrente: José Costa Sobrinho. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 27 de setembro de 1985. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(62628.NUME.%20OU%2062628.ACMS.\)\("NÉRI%20DA%20SILVEIRA".NOR L.%20OU%20"NÉRI%20DA%20SILVEIRA".NORV.%20OU%20"NÉRI %20DA%20SILVEIRA".NORA.%20OU%20"NÉRI%20DA%20SILVEIR A".ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(62628.NUME.%20OU%2062628.ACMS.)()>. Acesso em: 10 abr. 2009: “Habeas corpus. No cômputo do quinquídio, para interposição de recurso ordinário da decisão indeferitória do 'writ', a data a servir de referência, para a intimação, é a da circulação do órgão oficial, onde publicadas as conclusões do acórdão, na capital do estado, e não o dia em que tenha o jornal circulado na comarca do interior, na qual o réu possua domicílio ou esteja preso. Recurso ordinário não conhecido, por intempestivo.”. Recurso Extraordinário n. 16875. Recorrente: Banco do Brasil S. A. Recorrido: Orlando Ferreira de Oliveira. Relator: Min. Luiz Gallotti. Brasília, DF, 26 de março de 1952. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(16875.NUME.%20OU%2016875.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(16875.NUME.%20OU%2016875.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 09 abr. 2009.

do STF para o STJ, porquanto relativa à lei federal infraconstitucional, de modo que prevalece a atual diretiva deste pretório em detrimento da orientação do Supremo.

Partindo dessa premissa, bem como do preceito de que a aplicação da lei deve levar em consideração os fins sociais a que o direito se destina (LICC, art. 5º), e também que no Brasil as realidades sociais variam de estado para estado, não se pode negar que no caso específico de Pernambuco, por exemplo, há comarcas situadas no interior nas quais o diário oficial, ainda nos dias atuais, sofre atraso na circulação, consoante constatou a corregedoria geral da justiça através contatos mantidos com magistrados de comarcas interioranas, sobretudo as do sertão. Há comarcas em que, sequer, há pontos de acesso à internet. Considerando essa situação real, se não houver a dilação dos prazos para as intimações e citações realizadas pelo diário oficial, haverá, inexoravelmente, prejuízo para os advogados e partes que residem em tais comarcas. Assim, perpetrar-se-á agressão ao artigo 236 do código de processo civil, pois, na prática, os prazos terão menor duração nas comarcas do interior, porquanto os advogados e as partes somente poderão tomar ciência das providências adotadas pelos juízes dias depois de os prazos já estarem a fluir, porque a circulação na capital é antecedente.

Assim, o superior tribunal de justiça firmou jurisprudência diametralmente oposta a do STF, no sentido de que os provimentos emanados de corregedorias gerais da justiça ou de tribunais que dispõem sobre a dilação de prazo para comarcas do interior não agridem a lei, ao contrário, são válidos⁸.

⁸ Comprovando essa assertiva, a seguinte ementa denuncia a existência de vários precedentes no âmbito interno do superior tribunal de justiça admitindo a regulamentação da matéria por ato administrativo estadual, vejamos: “PROCESSUAL CIVIL. INTIMAÇÃO. COMARCA DO INTERIOR.

Esses atos não acarretam a mais mínima agressão ao princípio da reserva da lei federal prevista no artigo 22, I da Constituição Federal, pois a disposição constitucional refere tão-só à vedação de atividade legiferante pelos estados-membros acerca de matéria processual. Contudo, os provimentos das corregedorias estaduais, ou dos tribunais respectivos, não alteram a lei federal, apenas retardam o momento inicial de fluência dos prazos nela fixados, em consonância com a data da circulação concreta na comarca em que o processo tramita. Deve-se observar que o próprio CPC prevê a possibilidade de dilação de prazos processuais, inclusive os considerados como próprios. Depois, o artigo 177 do CPC dispõe que os atos processuais realizar-se-ão nos prazos prescritos em lei⁹. Ora, o disciplinamento da dilação dos prazos processuais não malfere o artigo 22, I, da Constituição Federal,

INÍCIO DO PRAZO DESDE A CIRCULAÇÃO DO DIÁRIO OFICIAL. RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL. APLICAÇÃO DA REGRA A DECISÃO PROFERIDA PELO PRÓPRIO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. - Não viola os arts. 236 e 536, CPC, a decisão que, aplicando regulamentação local, considera que a parte, na pessoa de seu procurador, só é intimada da decisão proferida pelo Tribunal a quo no dia da circulação do diário oficial na comarca do interior onde reside. - Pode o Tribunal de Justiça determinar a data a partir da qual deve ser considerada efetivada a intimação na comarca do interior, quando feita através de nota de expediente publicada em jornal editado na Capital do Estado. Precedentes. Negado Provimento ao Agravo Regimental.”; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial n. 647520/MS. Agravante: Katsuhiko Kodama e outro. Agravado: Banco America do Sul S. A. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3590229&sReg=200400386671&sData=20071218&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2009.

⁹ Não obstante, o artigo 182 do mesmo código prevê a possibilidade de o juiz prorrogar quaisquer prazos nas comarcas onde for difícil o transporte, como acontece com as comarcas do sertão Pernambucano, por exemplo.

sobretudo porque nada mais faz do que zelar pela observância da regra do artigo 177 do CPC, à medida que ao postergar a fluência dos prazos, o que se faz, na prática, é garantir sua idêntica fluência para todos, tanto na capital quanto no interior.

Via de consequência, se tomarmos o exemplo do recurso de apelação, cujo prazo de interposição é de quinze dias, observar-se-á que, se o diário oficial somente circula em determinada comarca do interior após dois dias da circulação na capital, na prática, o advogado que tem domicílio no interior só terá treze dias para exercer um direito recursal cujo prazo previsto em lei é de quinze dias (CPC, art. 508 c/c 513). Ora, a dilatação, então, iguala as situações, preserva o preceito do artigo 177 do CPC. Se não houver a dilatação em tempo suficientemente hábil a permitir que os prazos só fluam em comarcas do interior depois de certo tempo – porque esse tempo é o que demanda para a efetiva circulação na comarca –, aí sim é que se estaria a agredir a Constituição Federal, na medida em que o acesso à justiça, garantia pétrea positivada no artigo 5º da Carta Magna, restaria malferido. Prova desta assertiva é visualizada pela possibilidade de, num determinado processo, uma parte ser representada por um advogado que tenha domicílio no interior e a outra parte por advogado sediado na capital. Nesse caso, se o diário oficial circular no interior com atraso de, por exemplo, dois dias, se constatará que o advogado do interior terá prazo menor do que a lei processual estatui para a prática do ato (CPC, art. 177).

Os atos locais não agredem a Constituição Federal ou o código de processo civil porque, simplesmente, não alteram os prazos, mas apenas dilatam a data de sua fluência em comarcas do interior para fazer com que todos os jurisdicionados possam exercer os mesmos direitos processuais nos mesmos prazos previstos pela lei, pois não

há que se confundir a data de fluência com o lapso prazal, isto é, com o tempo outorgado para a prática do ato.

Noutra banda, um detalhe importante a ser observado refere-se à limitação da validade da dilação dos prazos procedida por atos administrativos estaduais aos atos e recursos a serem praticados perante os juízos e tribunais locais. Noutras palavras, o superior tribunal de justiça entende que os estados não podem dilatar prazos processuais relativos a recursos que são decididos, ou processados e decididos, por tribunais de superposição. Essa limitação faz todo sentido, à medida que restringe a eficácia dos provimentos estaduais aos respectivos territórios, logo, a interposição de um recurso especial ou extraordinário, exemplificativamente, por não serem decididos, quanto ao seu mérito, pelos tribunais estaduais, não podem ser abrangidos pelas regras locais dilatórias de prazos.

4 A situação atual no estado de Pernambuco: considerações finais

No estado de Pernambuco há regramento administrativo específico sobre a matéria. Inicialmente, o provimento n. 04/96, da corregedoria geral da justiça, estabelecia que, nas comarcas do interior, os prazos, dependentes de publicação no diário oficial, fluíam com acréscimo de três dias úteis, contados da data da publicação.

Em 2006, porém, o provimento n. 05/2006, também da corregedoria geral da justiça, revogou o provimento n. 04/96 e estabeleceu, simplesmente, que nas comarcas do interior as intimações deviam ser procedidas pelo diário oficial, todavia, sem acréscimo de prazo. Foi em consideração às constantes dúvidas geradas a partir de consultas e queixas de magistrados, advogados e chefes de

secretaria – que davam conta da demora na circulação do diário oficial em suas comarcas interioranas, e discutiam sobre o momento inicial da contagem do prazo para a prática de atos processuais, quando publicados no órgão oficial –, que a corregedoria geral da justiça resolveu repriminar o sistema da dilação dos prazos processuais.

Para tanto, foi editado o recente provimento n. 04/2009-CGJ, que dilatou por dois dias a fluência dos prazos das intimações feitas a advogados através do diário oficial nas comarcas do interior, independentemente de se tratar de dias úteis ou não. A nova sistemática é extensiva às citações por edital dirigidas à parte ré, bem como as que devam se efetivar na pessoa do advogado através do diário oficial, pois não se pode desconsiderar que os jurisdicionados, e não apenas os advogados, podem ser cientificados pela imprensa oficial.

Restou elucidado, no artigo 1º, § 2º do referido provimento, que se contará o prazo de dilação de dois dias a partir da data da efetiva circulação do diário oficial na comarca da capital, isto em atenção às respostas dadas pelos juízes e servidores de comarcas do interior consultados pela corregedoria, segundo as quais o tempo médio de atraso na circulação do diário oficial no interior mais longínquo era de dois dias. Em razão do que também foi pesquisado, ficaram excluídas das regras deste atual e vigente provimento as comarcas do interior do estado abrangidas pela circunscrição territorial das comarcas integradas, às quais se aplica a regra geral de contagem dos prazos a partir da circulação do diário oficial na capital, pois, em razão da proximidade geográfica, percebeu-se que o jornal oficial ali circula, em regra, no mesmo dia em que é veiculado no Recife.

Esclareceu-se que as novas regras são aplicáveis tanto a processos cíveis quanto criminais. E, em homenagem

à construção pretoriana do superior tribunal de justiça, o artigo 3º do novo regramento determina que os seus efeitos restringem-se às ciências para a prática de atos processuais perante o respectivo juízo do qual emanou a decisão ou despacho, bem como aos recursos que são de competência exclusiva do tribunal de justiça de Pernambuco. Assim, a novel regra não abrange os recursos excepcionais, devendo os advogados do interior ficarem atentos a esse detalhe, pois, como visto acima, pacificou-se no STJ que os tribunais estaduais não têm competência para dilatar prazos de recursos que não são apreciados nas cortes locais. Por isso, as intimações para a prática de atos em recursos que não são processados e julgados pelo juízo que expediu o ato, ou pelo TJPE, seguirão a regra da data da circulação do diário oficial na capital.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial n. 647520/MS. Agravante: Katsuhiko Kodama e outro. Agravado: Banco America do Sul S. A. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3590229&sReg=200400386671&sData=20071218&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.419-MA. Recorrente: Banco Sudameris Brasil S. A. Recorrido: Savoy Empreendimentos Hoteleiros. Relator: Min. Armando Rollenberg. Brasília, DF, 04 de setembro de 1989. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/imagem/acordaos.asp?n>

um_registro=198900118226&dt_publicacao=11/12/1989>.
Acesso em: 10 abr. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus n. 62628/RO. Recorrente: José Costa Sobrinho. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 27 de setembro de 1985. Disponível em:
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(62628.NUME.%20OU%2062628.ACMS.\)\("NÉRI%20DA%20SILVEIRA".NORL.%20OU%20"NÉRI%20DA%20SILVEIRA".NORV.%20OU%20"NÉRI%20DA%20SILVEIRA".NORA.%20OU%20"NÉRI%20DA%20SILVEIRA".ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(62628.NUME.%20OU%2062628.ACMS.)()>. Acesso em: 10 abr. 2009

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 16875. Recorrente: Banco do Brasil S. A. Recorrido: Orlando Ferreira de Oliveira. Relator: Min. Luiz Gallotti. Brasília, DF, 26 de março de 1952. Disponível em:
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(16875.NUME.%20OU%2016875.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(16875.NUME.%20OU%2016875.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 05 abr. 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997. Tomo III.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

PAULA, Alexandre de. *Código de processo civil anotado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

Súmula ou jurisprudência vinculatórias?

André Vicente Pires Rosa¹

Resumo: Este escrito tem por objetivo demonstrar a importância e a necessidade da coerência e uniformidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro. Parece não haver mais dúvidas de que decisões semelhantes para casos semelhantes é um imperativo de justiça e peça fundamental na construção de um Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, a súmula vinculante – melhor seria súmula vinculatória – é instrumento que presta enorme serviço quando corretamente manejado. Mas a súmula vinculante deve ser compreendida como parte de algo mais amplo que é a necessidade de que a jurisprudência dos tribunais vinculem aos juízes com o objetivo de que sejam adotados padrões similares na solução de casos que apresentem similitude.

Palavras-chave: Súmula vinculante. Jurisprudência vinculante. Segurança jurídica. Justiça e certeza.

Abstract: This writing aims to highlight how important and necessary is the coherence and uniformity of the decisions announced by the Judiciary Power of Brazil. Apparently it is indubitable that similar decision to similar cases is

¹ Juiz Assessor Especial da Corregedoria Geral da Justiça de Pernambuco. Juiz de Direito da 25ª Vara Cível da Capital. Coordenador de Divulgação Científica e Cultural do Centro de Estudos Judiciários. Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura e Demais Carreiras Jurídicas da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Professor Adjunto da UFPE nos cursos de graduação e pós-graduação. Doutor em Direito.

an imperative of justice and an essential tool to build a Democratic Estate of Law. In this perspective, a bond compendium is a very useful instrument if correctly used. Although. The bond compendium must be seen as part of a broader scene, which is the importance of jurisprudence to be adopted by the Courts to bond the judges and to be used as a standard solution to similar cases.

Key-words: Bond Compendium. Bond Jurisprudence. Judicial Security. Justice and Certainty.

A Emenda Constitucional n. 45, promulgada em 08 de dezembro de 2004, trouxe inovações realmente profundas em vários âmbitos de atuação do Poder Judiciário. Não foi sem motivo que ficou conhecida como “reforma do Judiciário”. Pode-se questionar se ela atingiu os resultados pretendidos pelo Constituinte Derivado, mas o fato é que novos institutos foram positivados e encontram-se em pleno vigor, e com total eficácia.

Pode-se mencionar, sem a pretensão de exaurir as possibilidades, que as principais inovações foram, a criação da súmula vinculante, o instituto da repercussão geral exigida como requisito de admissão do recurso extraordinário, a criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, a explicitação do princípio da “duração razoável do processo”, o novo status jurídico assumido pelos tratados e convenções internacionais relativos a direitos humanos e o “incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

Dentre essas inovações, interessa-me destacar, em especial, o problema da chamada súmula vinculante. Devo, em primeiro lugar, deixar registrado o fato de que o Reformador da Constituição não se apercebeu que o termo vinculante não existe na língua portuguesa. Mais do que

simples desconhecimento do vernáculo, esse equívoco parece demonstrar a falta de conhecimento e de reflexão sobre o objeto que acabara de criar. Apesar da observação feita, utilizo a expressão “súmula vinculante” em razão do uso consolidado – e totalmente acrítico – de nossa doutrina e de nossos tribunais.

A partir, pois, da Emenda Constitucional n. 45 o Supremo Tribunal Federal – e apenas ele – tem a possibilidade de editar súmulas que não signifiquem mais apenas um simples resumo da posição adotada repetidas vezes no julgamento de causas semelhantes.² Nos termos dispostos no recém criado art. 103-A da Constituição Federal:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento na forma estabelecida em lei.

Esse dispositivo constitucional estabelece algo inédito em nosso ordenamento jurídico. O Supremo Tribunal Federal, a partir de procedimentos específicos, pode determinar, de maneira obrigatória, o modo de se interpretar qualquer norma jurídica: quando tiver esse objetivo editará uma “súmula vinculante”. Essa novidade constitucional altera uma situação que já era bastante conhecida entre nós e que para alguns significava algo

² A Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, regulamenta o disposto no art. 103-A da Constituição Federal e define as regras necessárias à edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes por parte do Supremo Tribunal Federal.

extremamente positivo. Refiro-me à tão decantada “autonomia dos juízes”.

Antes, qualquer magistrado ou tribunal tinha a prerrogativa de decidir o modo que lhe parecesse mais adequado de interpretar as normas jurídicas; agora, o abanico hermenêutico pode ser reduzido caso o STF decida editar súmula vinculante sobre o tema. Antes, a jurisprudência do Supremo era sempre uma espécie de norte aos demais julgadores que, na prática, sempre buscavam, antes de proferir suas decisões, saber se aquele tribunal já havia manifestado seu entendimento ou decidido caso semelhante. Pode-se dizer que a jurisprudência da Alta Corte convencia e se impunha pela autoridade intelectual dos seus integrantes e pelo lugar que ocupa na estrutura da separação de poderes do Estado. Hoje, em sendo sua intenção, o Supremo poderá estabelecer que o conteúdo de algumas de suas decisões obriguem “aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Para que isso ocorra, basta que edite uma súmula com caráter vinculatório.

O Constituinte Derivado, no entanto, não se satisfaz com a simples criação da súmula vinculante; foi além. Estabeleceu também a forma de proteger o conteúdo decidido e sumulado. O §3º do art. 103-A determina que

Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Ainda não se tem muito clara qual é a verdadeira natureza jurídica da súmula vinculante. O fato é que a

doutrina ainda deverá analisá-la para que se possa definir como fica nosso sistema de “fontes do Direito” a partir da introdução de uma verdadeira norma nova. O Constituinte Derivado, no entanto, numa tentativa de estabelecer marcos de atuação ao Supremo Tribunal Federal quando da criação das súmulas vinculantes, estabeleceu que

Art. 103-A

[...]

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Ainda que de passagem, necessário se faz dizer que o STF não tem sido muito rigoroso com relação à exigência da “controvérsia atual” entre os órgãos do Poder Judiciário e entre esses e a Administração Pública, ao menos na elaboração das quatorze súmulas vinculantes já editadas.

Essa mesma idéia – de fazer com que decisões sumuladas do STF fossem vinculatórias – foi manifestada uma vez mais pelo Constituinte quando estabeleceu efeito semelhante às decisões adotadas pelo Supremo em sede de controle abstrato de constitucionalidade:

Art. 102.

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário, e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Analisando esses dispositivos constitucionais em conjunto com outros, como por exemplo, a exigência da demonstração da repercussão geral para o recebimento dos recursos extraordinários pelo STF, pode-se concluir que houve uma tentativa, por parte do criador da Emenda Constitucional n. 45, de que fossem alcançados ao menos dois objetivos de magna importância.

O primeiro foi a tentativa de ver diminuída a imensa carga de trabalho a que estavam (e estão) submetidos os ministros do Supremo Tribunal Federal, permitindo-lhes, assim, julgar com maior agilidade e eficiência os temas que realmente sejam relevantes para a Nação Brasileira. Se o entendimento da Corte Suprema é aplicado por juízes e tribunais – se existe, por exemplo, para o caso, súmula vinculante – não tem sentido lógico que a questão chegue à mais alta instância, uma vez que seu pensamento (sua jurisprudência) já foi aplicado e a questão foi resolvida exatamente com essa orientação. A Corte Suprema, pois, pode dedicar seu tempo às grandes decisões, cuja repercussão ultrapasse o mero interesse subjetivo isolado.

O segundo tem a ver com o tentame de evitar que os jurisdicionados criem falsas expectativas em relação às decisões judiciais que lhes beneficiem quando tenham sido proferidas contra jurisprudência ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Não tem sentido exigir que a parte interessada seja obrigada a recorrer até ao STF para ver sua decisão corrigida com base no entendimento desse Tribunal. Admitir ou mesmo estimular esse tipo de situações é absolutamente contrário aos princípios da segurança jurídica e da justiça. Não há justificativa razoável para exigir que o interessado tenha de aguardar anos e seja obrigado a arcar com ônus financeiros desnecessários para levar sua causa perante a Corte Suprema. Nessa reflexão não podem

ser olvidados aqueles casos (infelizmente em números não desprezíveis) em que, por falta de condições econômicas da parte, a decisão transita em julgado no primeiro grau de jurisdição: aqui a sentença poderia decidir de modo totalmente distinto da posição já firmada pelo Supremo Tribunal Federal. A injustiça e a desigualdade seriam patentes e baseadas apenas na capacidade econômica das partes.

Se entendemos que, objetivamente, esses são fins propostos pelo Constituinte e comandos obrigatórios estabelecidos pela Emenda n. 45, parece fácil chegar a uma conclusão, ainda que parcial: o que vincula o Poder Judiciário, hoje, não são apenas as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, mas sim toda sua jurisprudência, esteja ela sumulada ou não. Compreendidos os motivos que levaram à elaboração da Emenda Constitucional, os juízes estão obrigados à reprodução da jurisprudência do Alto Tribunal na solução das lides que lhes são apresentadas.

É evidente que o julgador não se converte em um autômato, em mero repetidor de decisões. Mas, tampouco se pode considerar que ele possua absoluta e total liberdade quando da interpretação da norma. A liberdade de convicção do magistrado encontra limite na expectativa das partes (e, de modo mais amplo, da sociedade) em ver as demandas julgadas de acordo com uma orientação única. De não ser assim, como visto, eterniza-se o conflito, gera-se uma enorme sensação de incerteza e insegurança jurídica, além do aumento de custos que pode ofender gravemente o direito fundamental de “acesso à justiça”.

Os juízes e os tribunais devem, pois, conhecer o modo como o Supremo Tribunal Federal interpreta as normas jurídicas, as declarações de constitucionalidade e as de inconstitucionalidade que realiza em sede de controle abstrato e de modo incidental, e aplicar tais interpretações

aos casos concretos que decidem. Mesmo que não exista, ainda, em nosso ordenamento jurídico um comando normativo explícito nesse sentido, dúvidas não podem mais existir de que esse é o objetivo perseguido pelo Constituinte, ao menos no que se refere à jurisprudência do Supremo.

Parece não existir mais dúvidas de que nos encaminhamos para o entendimento de que a jurisprudência, em particular do STF, deve ser obrigatoriamente acatada por juízes e tribunais. Antes mesmo de a Emenda n. 45 ter sido promulgada, o legislador ordinário já adotara alguns instrumentos normativos que demonstram essa intenção. Apenas a título de exemplo, e para que fiquemos somente no âmbito do processo civil, a Lei n. 9.756, de 18 de dezembro de 1998 – que alterou dispositivos do Código de Processo Civil –, trouxe importantes alterações no sistema de recursos. Interessa destacar especialmente o disposto no artigo 557, caput e §1º-A do CPC. Fica evidente a importância que o legislador confere à jurisprudência dos tribunais ali referidos: a sorte do recurso está ligada a como foi manejada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ou Tribunal Superior) pela decisão objeto do recurso. O que significa, dentre outras coisas, que o órgão *a quo*, bem como o *ad quem*, devem ser conhecedores da jurisprudência daqueles tribunais. Se a decisão recorrida observou tal jurisprudência, não merece reparo e “o relator negará seguimento” ao recurso; se a decisão recorrida não a observou “o relator poderá dar provimento ao recurso”.

Outro exemplo a demonstrar esse entendimento, advindo da mesma Lei n. 9.756/98, encontra-se no disposto no parágrafo único do artigo 481, também do CPC. Em sede de controle difuso de constitucionalidade, os órgãos fracionários dos tribunais não necessitam levar “ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade,

quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

Em certo sentido, pode-se dizer que o legislador de 1998 antecipou e mesmo ultrapassou a determinação do Constituinte Derivado positivada apenas em 2004. Independentemente do alcance dessas disposições normativas, constitucionais e legislativas, o fato é que elas apontam exatamente para esse caminho que parece sem retorno: a inexorável força vinculadora com relação aos demais órgãos e membros do Poder Judiciário que possuem as decisões, in casu, do Supremo Tribunal Federal.

Essa reflexão tem por objetivo, exatamente, a tentativa de demover alguns da ideia de que os juízes, em sentido amplo, devem ser absolutamente livres quando do momento da interpretação das normas para a solução dos casos que lhes são apresentados.

Estamos vivendo hoje uma realidade absolutamente distinta daquela onde essa concepção foi forjada. Hoje, parece bastante romântica a ideia – que teve algum sentido no passado – de que o Supremo Tribunal Federal mudará sua posição a partir da decisão de um juiz. Não digo que as decisões do STF não tenham a contribuição dos magistrados brasileiros; é evidente que isso ocorre, basta pensar em todos os processos julgados em recurso extraordinário que iniciaram no primeiro grau da justiça estadual, federal, do trabalho, militar ou eleitoral.

O que percebo é que, uma vez firmado seu entendimento, o que, via de regra pressupõe um longo tempo e, na grande maioria das vezes, um processo mais ou menos demorado de amadurecimento, é pouco provável que uma decisão isolada de um magistrado, por mais bem elaborada que seja, possa alterar essa convicção já anteriormente anunciada. A repercussão de suas decisões e profundos câmbios sociais, essas variáveis sim podem fazer

com que a Alta Corte mude seus posicionamentos. Os ministros integrantes do Supremo, naturalmente, têm a consciência da importância de suas decisões. Sabem que não podem mudar de opinião, a não ser em situações absolutamente especiais. Por isso, além de estarem convencidos de que decidiram anteriormente do modo mais correto e/ou conveniente, têm clareza de que a posição firmada deve ser mantida em nome da segurança jurídica. Mudar, em determinadas situações, pode significar falta de convicção, e isso acarreta um enfraquecimento na força normativa das decisões judiciais, além de um desprestígio para a Instituição.

Portanto, parece-me muito mais salutar que uma sociedade tenha um centro de onde irradie uma jurisprudência que vincule todos os demais órgãos do Poder Judiciário do que a existência de múltiplos pontos dos quais emanem decisões por vezes contrárias e/ou contraditórias entre si. Quando isso ocorre, a concentração e a consequente vinculação tornam as posições mais claras e os julgamentos de juízes e tribunais mais coerentes; certo ou errado, ou seja, independentemente de concordarmos ou não com a decisão, ela é a válida e seu conteúdo orientará as demais decisões judiciais. Essa espécie de uniformidade é benéfica para o desenvolvimento das relações sociais que se baseiam cada vez mais na previsibilidade oferecida por um Poder Judiciário que mantém certo grau de sincronia em seus julgamentos.

É evidente, por outro lado, que um sistema que privilegie desse modo a decisão do Supremo Tribunal Federal pode correr o risco de que a aplicação de sua jurisprudência vinculadora, em casos específicos, traga efeitos incompatíveis com a ordem jurídica. Nesse ponto é que os juízes e tribunais ocupam a posição de absoluta imprescindibilidade: esses casos específicos contêm

elementos que os diferenciam dos antigos sobre os quais já existe decisão do Supremo – por isso são casos específicos. Essas especificidades se impõem para os magistrados como verdadeiro desafio: agora sim eles possuem a liberdade de interpretar a Constituição e as demais normas do ordenamento jurídico com suas convicções e seus conhecimentos, porque os casos que devem julgar são diferentes e ainda não foram decididos pelo STF. Quando atuam desse modo, recomeçam o processo que findará com a decisão do Supremo e aí aparecerá nova jurisprudência vinculadora. Os juízes e tribunais não mudam as posições, mas ajudam o Alto Tribunal a construí-las.

Com essas ponderações não quero afirmar que os magistrados brasileiros não têm o direito de criticar as decisões do Supremo Tribunal Federal, e que devam se submeter a elas como se fossem dogmas inquestionáveis. É perfeitamente possível, e até desejável, que os juízes conhecedores da jurisprudência do STF discordem não só das conclusões a que chegam os ministros, mas também do raciocínio por eles desenvolvido. Desse modo, é absolutamente lícito que eles deixem consignado seu entendimento sobre o tema quando elaborem suas decisões. Podem e devem justificar seu entendimento e argumentar explicando porque não concordam com o posicionamento assentado na Alta Corte. O que eles não podem fazer é substituir o entendimento pacificado pelo Supremo por suas convicções individuais.

Essa crítica efetuada no corpo da decisão tem uma dupla motivação. Em primeiro lugar, ameniza um possível conflito na consciência do juiz, já que está obrigado a decidir de modo diverso de sua convicção; ao menos deixa consignado que se pudesse decidiria de modo diverso. E em segundo lugar, porque é possível que sua reflexão tenha, de algum modo e em alguma medida, a capacidade de interferir

na jurisprudência já firmada dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do eventual recurso a que esteja submetida a decisão.

Por essas razões, propor que os juízes e tribunais brasileiros estejam vinculados a toda jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e não apenas às suas súmulas vinculantes, é apostar em um caminho que parece não ter volta. Ainda que inconvenientes possam decorrer da adoção desse posicionamento, parece indubitável que as vantagens os superam de longe. Juízes e tribunais estão inseridos em um contexto onde o que se busca é a melhor prestação jurisdicional possível, e isso passa, necessariamente, pela uniformidade nos julgamentos. O objetivo final do Poder Judiciário é a realização da justiça e nunca o de ser um espaço onde o julgador apareça como o ator principal.

A Cessão de direitos hereditários no novo Código Civil. Breves comentários

Eurico de Barros Correia Filho¹⁰

Sumário: Introdução. 1 A exigência da escritura pública. 2 Validade e eficácia do negócio jurídico. 3 Necessidade de autorização do cônjuge. 4 O imposto incidente e sua alíquota. 5 Alienação dos bens antes da partilha. 6 Acréscimo na herança após a cessão. 7 O direito de preferência. Referências.

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar as normas que disciplinam a cessão de direitos hereditários estabelecidas pelo novo código civil, em especial aquelas referentes ao instrumento da outorga, a validade do contrato e a sua condicional eficácia. Ressalta-se a necessidade, para sua concretização, do consentimento do cônjuge e do respeito ao direito de preferência dos co-herdeiros. Registra a alteração ocorrida na legislação do Estado de Pernambuco quanto à alíquota do imposto incidente sobre a cessão, destacando a possibilidade de concessão de autorização judicial (alvará) para alienação de bem do acervo ainda pendente a indivisibilidade. Em suma, após a análise dos aspectos de direito material e procedimentais, busca conscientizar os operadores do direito a não se utilizarem da cessão de direitos para transferirem bens individualizados do acervo hereditários diante de sua possível ineficácia, assim como dos cuidados que o Juiz deve ter ao analisar tais casos.

¹⁰ Desembargador da 4ª Câmara Cível do TJPE. Professor da Escola da Magistratura. Pós-graduado em Direito Público pela UFPE. Bacharel em Ciências Econômicas pela UFPE.

Palavras-chave: Cessão. Direitos hereditários.

Abstract: The present study intends to analyse the norms about the cession of hereditaries rights introduced by the new Civil Code, in particular those relating to the instrument form, the validity of the contract and its conditional effectiveness. It is need for implementation the spouse's consent and the observation to the preference right of the co-heirs. The article mentions the changes in the legislation of Pernambuco State about the rate of tax on the contract of cession, highlighting the possibility of granting authorization for the disposal of certain and specific property belonged to the heritage still indivisible. In summary, after analysis of the substantive Law and procedural, the article aims to demonstrate the necessity of the Law operators do not use this kind of contract to transfer hereditaries rights of individual property because of its possible inefficiency and the care the judges should have to examine such cases.

Key-words: Cession . Hereditaries rights.

Introdução

O novo Código Civil, editado pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com a *vacatio legis* de um ano, reservou à cessão de direitos hereditários alguns artigos impondo normas específicas ao instituto, o que não ocorria no revogado Codex.

Na concepção de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery a cessão de direitos hereditários pode ser definida da seguinte forma:

[...] o negócio jurídico *inter vivos* celebrado, depois de aberta a sucessão (CC 1784), entre o herdeiro (cedente) e outro co-herdeiro ou

terceiro (cessionário), pelo qual o cedente transfere ao cessionário, a título oneroso ou gratuito, parcial ou integralmente, a parte que lhe cabe na herança.¹¹

O anterior estatuto civil dispunha (art.1.580) que: “Sendo chamadas simultaneamente, a uma herança, duas ou mais pessoas, será indivisível o seu direito, quanto à posse e ao domínio, até se ultimar a partilha”. Entretanto, costumeiramente eram lavradas escrituras de cessão de direitos hereditários figurando co-herdeiro como outorgante de um bem individualizado da herança. Esta prática ocorria, principalmente nas Comarcas do interior deste Estado, onde o tabelião/escrivão (antigamente os cargos eram acumuláveis) aconselhava os herdeiros a outorgarem estas escrituras acarretando a não abertura do inventário. Tal prática satisfazia o interesse das partes envolvidas, com a aparente transferência do bem ao cessionário e o imediato recebimento dos respectivos emolumentos pelo cartório.

Com efeito, não se pode impedir a livre vontade de uma aquisição de direitos hereditários através de escritura pública discriminando o bem, porém o tabelião tem o dever funcional de advertir as partes do conteúdo do contrato e dos riscos a serem assumidos. Note-se que dentre as finalidades dos serviços notariais e de registro encontra-se a garantia da segurança e eficácia dos atos jurídicos (vide art. 1º, da Lei n. 8.935/94).

Em virtude da larga utilização desse instrumento contratual o legislador de 2002 cuidou de estabelecer normas de regência acerca do tema.

A cessão de herança não outorga ao cessionário a condição de herdeiro que é personalíssima. O que

¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado: legislação extravagante*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1787

efetivamente ocorre é a sua sub-rogação nos direitos do co-herdeiro cedente passando a ocupar o lugar deste no inventário. No processo não se distingue o herdeiro por direito próprio do cessionário, podendo este exigir a partilha judicial.¹²

Alguns outros direitos em decorrência passam para o cessionário, como a legitimidade concorrente para requerer a abertura do inventário (CPC, art. 988, V).

Registre-se, *a priori*, que a cessão de direitos hereditários não pode ser realizada antes da abertura da sucessão, por ser vedado contrato sobre herança de pessoa viva.

Como é cediço, com a morte do autor da herança ocorre a abertura da sucessão, com a *incontinenti* transmissão da mesma aos seus herdeiros legítimos e testamentários, ocorrendo o princípio doutrinariamente conhecido como *saisine*. O herdeiro não necessita requerer o seu direito a posse dos bens herdados porque a morte do *de cujus* resulta na transferência, *ipso facto*, da propriedade e da posse, direta ou indireta. O mesmo não ocorre com relação ao legatário que terá que formular requerimento e não pode entrar na posse da coisa legada por autoridade própria (CC, art. 1.923, § 1º).

Também não se cogita realizar cessão depois de ultimada a partilha do inventário, pois neste caso o quinhão hereditário foi definido e os bens atribuídos a determinados herdeiros ou ao meeiro.

Outrossim, é vedada a alienação dos direitos hereditários existindo cláusula testamentária de inalienabilidade imposta com observância das exigências preconizadas no art.1.848 do Código Civil, quanto aos bens da legítima.

¹² GOMES, Orlando. *Direito das sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 271.

1 Exigência da escritura pública

A cessão de direitos hereditários é expressamente autorizada pelo novo código civil, que prevê algumas regras a serem observadas para sua formalização.

Para Giselda Hironaka, o legislador andou bem ao disciplinar a questão, pois era necessário que o instituto recebesse algum tratamento legal.¹³

O primeiro ordenamento constante do art. 1.792 impõe a forma instrumental da escritura pública ao contrato da cessão desses direitos. Antes do novo estatuto civil, parte da doutrina admitia a cessão dos direitos hereditários por escritura particular, pois inexistia norma cogente quanto à forma. Porém, sendo o direito à sucessão aberta um bem imóvel persistia fundamento na exigência da outorga através de escritura pública. Contudo, era largamente utilizado e aceito o instrumento particular.

Na realidade, compartilho do entendimento de que para contemplar a hipótese, o instrumento era aceito como uma promessa de compra e venda condicional.¹⁴

Exsurge a indagação: será nula a cessão de direitos hereditários celebrada através de escritura particular?

Primeiramente, não se pode olvidar sua validade no plano do direito pessoal. Ademais, o vício formal existente não inquina de nulidade o ato porque a cessão feita em desacordo com a lei pode ser convalidada posteriormente no decorrer da tramitação do inventário (ventilando-se diversas hipóteses para isto), até o

¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários do Código Civil*. Parte especial. Do Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 73.

¹⁴ OLIVEIRA, Antonio José Tibúrcio. *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 103.

juízo ou homologação da partilha, quando será adjudicado ao cessionário o objeto da cessão.

Ao juiz não é conferido o direito de desconsiderar, muito menos ordenar o desentranhamento dos autos do inventário, de contrato de cessão lavrado em instrumento particular.

No entanto, a escritura não comporta a transcrição no registro imobiliário porque somente na partilha ficam designados os bens que devam constituir os quinhões hereditários.

2 Validade e eficácia do negócio jurídico

A herança, antes da partilha, é constituída de uma universalidade de direitos. Posto isto, o novo código civil dispôs expressamente que é ineficaz a cessão de herança de qualquer bem do acervo considerado individualmente (CC, art. 1.793, § 2º).

O legislador utilizou-se de um rigor técnico jurídico e de precisão terminológica ao preconizar tal ineficácia.

A teoria estabelece distinções entre o negócio jurídico inválido, inexistente e ineficaz. Não se pode confundir válido com eficaz e nulo com ineficaz. O ato jurídico poderá ser existente, válido, porém ineficaz.

Antônio Junqueira de Azevedo leciona a técnica de eliminação progressiva do negócio jurídico, sob o aspecto negativo. Resumidamente, diz ele que se examina o negócio no plano da existência e com a sua constatação passa-se a validade. Somente os negócios válidos passam

para o exame no plano da eficácia ou ineficácia (esta em sentido restrito).¹⁵

O negócio jurídico consistente numa cessão de direitos hereditários é existente e válido, podendo ser ineficaz em relação aos demais co-herdeiros.

É que muitos negócios para produzir efeitos necessitam de fatores que o tornem eficazes, algo que dele não é integrante, mas contribui para a obtenção do resultado perseguido. Ocorre nos contratos subordinados a uma condição suspensiva. O contrato embora atenda os requisitos de validade, enquanto não se realiza o evento não produz efeitos.

Para fácil entendimento, utilizo o caso concreto referente a uma consulta formulada ao jurista Zeno Veloso¹⁶: um herdeiro cedeu seus direitos hereditários estabelecendo que caberia ao cessionário determinado bem. Como enfatiza o referido autor, não há nulidade nesta cláusula e muitos confundem os planos da validade e o da eficácia o que gera grandes equívocos. No caso, prossegue ele, a eficácia da cláusula fica a depender do imóvel cedido integrar o quinhão hereditário do cedente. Positivada a hipótese, a cessão foi válida e eficaz. Se o imóvel não coube na quota do herdeiro cedente, a cláusula não surtiu efeito, tornando-se ineficaz.

Constatada na partilha a impossibilidade do bem integrar a quota-parte cedida, o co-herdeiro cedente restituirá ao cessionário o valor do negócio.

O atributo de ineficácia é afastado em algumas situações, como no caso de existir apenas um herdeiro.

¹⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico*. Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 53.

¹⁶ VELOSO, Zeno. *Cessão de direitos hereditários*. Disponível em: <<http://www.soleis.adv.br/artigoceessaodedireitohereditario.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

Aliás, a redação do § 2º do art. 1.973 ao se reportar a co-herdeiro, induz que o dispositivo trata da hipótese de pluralidade de herdeiros.

Sendo o cedente um herdeiro único e a cessão versar sobre a totalidade da herança, o cessionário se habilitará no inventário requerendo a adjudicação dos bens a fim de obter a respectiva carta que lhe propiciará o assentamento registral.

É possível que a cessão seja apenas de uma parte do quinhão hereditário devendo ser clara a disposição.

Também não se vislumbra óbice na hipótese de todos os co-herdeiros cederem o único bem individualizado do acervo hereditário

Exemplificando, podem ceder 20%, 50%, 80% de seu quinhão sem individualizar bens.

Existe, entretanto, a possibilidade de a cessão ser nula ou anulada, em caso de haver vício de vontade concernente aos defeitos dos negócios jurídicos preconizados nos artigos 138 e 139 do Código Civil.

Portanto, não há que se falar de nulidade ou anulabilidade de uma escritura pública de cessão de direitos hereditários versando sobre um bem individualizado, porém os riscos de sua ineficácia para o cessionário são evidentes.

É oportuno ressaltar que o herdeiro não responde pelos encargos além das forças da herança. Na hipótese das dívidas do espólio superarem o valor do seu patrimônio, os co-herdeiros nada receberão e, em consequência, nada receberá o cessionário, sub-rogado naqueles direitos.

Outrossim, dado o caráter aleatório o cedente não responde pela evicção.¹⁷

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Direito das Sucessões. V.VI. 15ª ed. revista e atualizada de acordo com o código

3 Necessidade de autorização do cônjuge

Outra questão importante a ser abordada é a hipótese de o cedente ser casado. Neste caso, é necessária a outorga uxória ou a autorização marital. A sua falta resultará ineficaz a cessão quanto à meação do outro cônjuge, exceto se o regime matrimonial for separação absoluta de bens (CC, art. 1647, *caput* e inciso I). Neste sentido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 60.820, assim decidiu:

A cessão de direitos hereditários, sem a outorga uxória, pelo marido casado em regime de comunhão de bens, é ineficaz em relação à metade da mulher.¹⁸

A outorga conjugal deve ser conferida, sempre que possível, na própria escritura, em observância ao art. 220 do código civil.

Igualmente, em se tratando de cessão onerosa de ascendente para descendente, impõe-se o consentimento dos demais descendentes e do cônjuge do alienante (a depender do regime de bens) sob pena de anulabilidade do negócio.

4 O imposto incidente e sua alíquota

No Estado de Pernambuco, incide sobre a transmissão realizada através da cessão de direitos

civil de 2002 por Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 78.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 60820/RJ. Recorrente: Alaíde Maria Pereira da Silva. Recorrido: Fernando Leal Cândido de Oliveira. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 21 de junho de 1995. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=60820&b=ACOR>. Acesso em 11 mar. 2009.

hereditários (gratuita ou onerosa) o imposto referente à doação (ICD). Com a edição da Lei n. 13.427, de 14/04/08, foi alterada a Lei n. 11.920, de 29/12/2000, e reduzida a alíquota do imposto sobre doação, de 5% para 2%, vigorando a partir de 01 de abril de 2008.

O Governo estadual, com a redução (somente aplicada para os casos de doação) igualou a alíquota do imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos-ICD, com aquela do Imposto sobre Transmissão *Inter Vivos*, de competência do município, para proteger o Estado de Pernambuco de uma evasão de receita.

Explica-se. O tributo (ICD) com a alíquota de 5% vinha acarretando a contratação da cessão de direitos hereditários transmutada em compra e venda, resultando no recolhimento do imposto com menor alíquota em favor do Município em flagrante prejuízo para os cofres estaduais.

Na mensagem de encaminhamento da lei à Assembléia Legislativa (nº 029/2008), argumenta-se que o benefício não implicará em perdas de arrecadação do ICD, podendo ocorrer um aumento na arrecadação tendo em vista que a simulação deixará de ser vantajosa.

5 Alienação de bens antes da partilha

Outra questão polêmica diz respeito à autorização do Juiz acerca de alienação de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade (CC, art. 1.793, § 3º).

É prevista a possibilidade de alienação de bens da herança antes da partilha, ouvidos os interessados e mediante autorização judicial. A incumbência é conferida ao

inventariante (CPC, art. 992, inciso I). O co-herdeiro não pode alienar bens da herança ainda não partilhados, entretanto nada impede que possa formular sua pretensão no inventário por motivos justificáveis, como, condições de saúde ou dívidas.

Atente-se que o dispositivo refere-se a bem pendente de indivisibilidade que não se confunde com a indivisibilidade da herança. Tratam-se de situações diferenciadas. Entretanto, convergindo o interesse de todos os herdeiros (e do meeiro) na venda de determinado bem tormentoso para o espólio, pode ser obtida autorização judicial para a sua alienação.

Existindo consenso dos demais co-herdeiros e do meeiro (sendo todos capazes) e comprovada necessidade poderá ser concedida a expedição do alvará.

Destarte, precedida de autorização judicial, a alienação por qualquer herdeiro, ou do meeiro, de bem do acervo hereditário antes da partilha, tem plena eficácia inclusive com relação aos co-herdeiros.

A rigor, inexistente óbice no caso de haver mais de um bem no acervo hereditário e todos os herdeiros contratarem a cessão de um dos imóveis considerado singularmente. Trata-se de pretensão de alienação de bem do acervo hereditário a depender de autorização judicial (alvará) contemplada no art. 1.793, § 3º do novo diploma civil.

Por outro lado, quando parte do monte se constituir de bens litigiosos ou situados em lugar remoto, assim como de liquidação difícil ou morosa devem ser reservados para ulterior sobrepartilha. Os interessados podem postular esta medida e o juiz (por provocação ou de ofício) determinar a separação destes bens para sobrepartilha a fim de possibilitar a ultimação do processo. Esta medida é preconizada tanto no código civil (art. 2.021), como no estatuto de ritos (art. 1.040, III e IV) e evita o sobrestamento do processo de inventário.

6 Acréscimo na herança após a cessão

Antes do advento do Código Civil de 2002, havia dúvida acerca dos acréscimos que viessem o herdeiro cedente a receber após a efetivação da cessão. O novo código, expressamente, fez opção pela não-inclusão dos acréscimos na cessão anteriormente feita. Acolheu a ponderação daqueles que privilegiavam a manifestação da vontade, não a objetividade do instituto do direito de crescer.¹⁹

O entendimento segue a orientação de se privilegiar a vontade das partes, igualmente como sói acontecer nas interpretações das cláusulas testamentárias dúbias e de acordo com o princípio geral dos contratos de que a intenção das partes deve ser sempre buscada na interpretação dos mesmos.

No momento da celebração do ajuste, se o que foi acrescido ao seu quinhão hereditário estava fora de cogitação não poderia ser abrangido pelo contrato.

Diferentemente ocorre se o cessionário consigna, expressamente, que tanto os bens conferidos ao co-herdeiro como os possíveis acréscimos estão incluídos na cessão, quando então estarão abrangidos tais acréscimos.

7 O direito de preferência

Tratando a herança como um todo unitário regida pelas normas relativas ao condomínio (CC, art. 1.791, caput e parágrafo único), o legislador estabeleceu o direito de preferência do co-herdeiro sobre a cessão. Assim, em caso de o cedente não oferecer, previamente, sua quota

¹⁹ ALMEIDA, José Luiz Gavião. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 87.

hereditária ao co-herdeiro (e ao meeiro), este poderá, depositando o preço, haver para si o que foi cedido a estranho (CPC, art. 1.794).

O prazo para esta manifestação é de 180 (cento e oitenta) dias após a transmissão. Da ilação redacional o prazo contar-se-á a partir do assentamento do título no serviço do registro imobiliário.

Trata-se, na realidade, de regra bastante salutar para proteger o meeiro e os herdeiros do ingresso de pessoa estranha na herança. A toda evidência pode gerar imprevisíveis inconvenientes.

Diante da previsão contida no citado art. 1.794, a cessão de direitos hereditários da totalidade ou de parte do quinhão hereditário, à pessoa estranha, pode ser resgatada por qualquer co-herdeiro que não foi notificado para exercer o seu direito de preferência.

No inventário judicial, o cessionário da quota da herança indivisa não poderá ser admitido sem que da cessão sejam intimados os demais co-herdeiros.²⁰ A providência deve ser exigida pelo Juiz. Ofertando o mesmo valor do negócio, no prazo estipulado na lei (180 dias), o co-herdeiro adquirirá aquela quota-parte cedida a terceira pessoa estranha à herança.

Ocorrendo a pretensão de vários co-herdeiros em reaverem aquela quota cedida a estranho, poderão exercer o seu direito de preferência, sendo entre eles rateado o quinhão na proporção de suas respectivas quotas.

Para finalizar, considerando a frequência com que são formalizadas cessões de direitos hereditários, os operadores do direito não devem se descuidar das novas disposições do instituto para evitar que sejam lavrados

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1467.

instrumentos ineficazes ou sem qualquer validade, acarretando conseqüências imprevisíveis e danosas aos contratantes, devendo o julgador, estar atento às inovações trazidas pelo novo diploma civil.

Referências

ALMEIDA, José Luiz Gavião. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico*. Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 60820/RJ. Recorrente: Alaíde Maria Pereira da Silva. Recorrido: Fernando Leal Cândido de Oliveira. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 14 de agosto de 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199500071622&data=14/08/1995>>. Acesso em: 11 mar. 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. *Direito das sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. Parte especial: Do Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado: legislação extravagante*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1787

OLIVEIRA, Antonio José Tibúrcio. *Direito das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VELOSO, Zeno. *Cessão de direitos hereditários*. Disponível em: <<http://www.soleis.adv.br/artigocessaodedireitohereditario.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Direito das Sucessões. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

A Lei n. 11.690/08 e a iniciativa probatória do juiz no processo penal

Fernanda Moura de Carvalho¹

Sumário: Introdução. 1 A iniciativa probatória no processo penal. 2 Os poderes “investigatórios” do juiz: a inconstitucionalidade do art. 156, I, do Código Penal. Conclusões. Referências.

Resumo: A Lei n° 11690, de 09 de junho de 2008, incluiu o inciso I ao art. 156, do Código de Processo Penal, trazendo uma renovação nas atribuições dos juízes criminais, conferindo-lhes poderes investigatórios. Diante da apuração de suposto fato criminoso, mesmo antes de iniciada a ação penal, é possível o juiz ordenar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. A antecipação de atuação do juiz na determinação da produção de prova antes mesmo de iniciada a ação penal compromete o princípio da imparcialidade.

Palavras-chave: Poderes investigatórios. Provas urgentes. Imparcialidade.

Abstract: Law n° 11690 of 09 June 2008, included the item I to the art. 156 of the Code of Criminal Procedure, bringing a renewed mandate of the criminal judges, giving them investigatory power. Given the criminal investigation of alleged fact, even prior to criminal action, it is possible to order

¹ Juíza de Direito titular do I Tribunal do Júri da comarca do Recife, professora da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE, professora da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP e da Faculdade Maurício de Nassau – FMN, Mestre em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

the early production of evidence considered urgent and relevant, noting the need, appropriateness and proportionality of the measure. The anticipation of action of the judge in determining the production of any evidence undermines the principle of impartiality.

Key words: Investigatory power. Urgents evidences. Impartiality.

Introdução

Este artigo traz uma análise de um dos aspectos da reforma no âmbito do processo penal havida recentemente em nosso ordenamento jurídico. Tece algumas considerações quanto ao art. 156, do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008, mais especificamente, o que dispõe o inciso I.

Àqueles que têm, diretamente, o direito processual penal como atividade profissional cotidiana, porquanto, em algum dos níveis vinculados ao sistema de justiça criminal, assoma-lhes, nestes dias, um sentimento de renovação da crença no resgate do processo penal e, sobretudo, na tão esperada adequação da processualística penal aos direitos e garantias individuais previstos na já nem tão jovem Constituição Federal de 1988.

A partir da inclusão no ordenamento da Lei n. 11.689, da n. 11.690, ambas de 09 de junho de 2008, e, da Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, regulando, respectivamente, o procedimento do Tribunal do Júri, a prova, e os processos em espécie, aflorou um sentimento de esperança de que, desta vez, o processo penal tomaria, enfim, na sua própria concretude, o que já vinha sendo objeto de adequação por parte da doutrina e, sobretudo, por

decisões dos tribunais, isto é, uma conotação garantista de subordinação e, portanto, compatibilidade com princípios constitucionais que conformam todo Estado Democrático de Direito.

Esta esperança, ao que parece, após análise mais amiadada dos tópicos que foram objeto de reforma pelas leis acima mencionadas, não escapa a uma triste conclusão. Não se alcançou, ainda, um processo penal de faceta garantista, de comprometimento inarredável com princípios explicitamente consignados na Constituição Federal². A visão herética que compunha o imaginário de alguns dá sinais de que ainda perdurará, sobretudo, quando se tem em conta uma tendência legislativa e, não raras vezes, também absorvida por alguns tribunais, de valorizar a celeridade processual, elevando o direito à duração razoável do processo, ao *status* de princípio fundante de todo o ordenamento processual vigente em nosso País³.

² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 2004. p. 93: Ferrajoli reconhece o garantismo como modelo de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras fundamentais do jogo do direito penal, os dez axiomas: 1) princípio da retributividade ou da sucessividade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, em sentido amplo e em sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do ato; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionalidade, em sentido amplo ou restrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório, ou da defesa ou da refutação.

³ CARVALHO, Salo de. Carvalho. As reformas parciais no processo penal brasileiro. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; _____. *Reformas Penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 93; Mesmo antes das reformas que agora se empreende no nosso ordenamento jurídico, pontuando a intenção mascarada dos legisladores quando cuidam de reforma penal, afirma: “As reformas contemporâneas potencializam-se por discursos aparentemente garantistas que,

Não é desarrazoado conceber que a função do juiz no âmbito do processo civil é deveras diferente da atuação do juiz no processo penal. Justifica-se esta diversidade de agir na perspectiva de que, no âmbito do processo penal, discute-se a liberdade do homem, aqui evidenciada na sua vertente mais emblemática, isto é, a liberdade do ir e vir. No processo civil estão em evidência interesses com os quais se admite transigir, via de regra. É, como se conhece vulgarmente, seara na qual se permite a transação, até mesmo a mitigação.

A partir destes dois enfoques, nasce a ideia de que o processo penal cuida de interesses indisponíveis, mais especificamente, de interesse inalienável, qual seja, a liberdade, como já afirmado, na sua vertente mais pragmática, mais concreta, a liberdade de locomoção, de circulação no mundo, o não encarceramento. Ao processo civil se revela mais valiosa a iniciativa das partes e a opção pela livre disposição de bens.

Postas estas duas facetas, costuma-se referir, e teorizar, e legislar, com tendência à máxima e mínima intervenção do juiz no processo penal e no processo civil, respectivamente.

Obviamente que não se pode afirmar, valendo-se de argumento até pueril como o que lançado retro, que no processo penal o juiz é o senhor absoluto de todas as verdades, sendo ele quem decide o caminho a se percorrer, que atalho tomar a fim de alcançar a verdade dos fatos.

coadunados com o pressuposto eficientista, deflagram um processo de crise na estrutura constitucional de tutela dos direitos e garantias individuais, operando uma inversão ideológica no discurso garantista. Ao empregar terminologia própria das correntes humanistas, os arautos das reformas apropriam-se do discurso crítico, afirmando a adoção de determinada base teórica mas definindo na operatividade do sistema efeitos totalmente diferenciados. Tem-se, pois, evidenciada, a histórica disfunção entre os discursos oficiais e a efetividade prática do sistema.”

A nossa tradição é a de um processo do tipo acusatório⁴. Apesar de a Constituição Federal não trazer, explicitamente, o sistema processual, contudo, é inóscure que, a par das atribuições que cabem à polícia judiciária, ao ministério público e ao poder judiciário, o nosso sistema é o acusatório. A tripartição de funções, estanques e perfeitamente individualizadas, é a característica mais marcante do sistema acusatório. O juiz detém a função de julgar, de decidir o que lhe é posto para decisão. Identificar a característica do fato que está para julgamento, investigar a sua natureza a partir dos dados que lhe são postos pela parte acusadora. Individualizado o fato criminoso, imputar os efeitos da responsabilidade penal, a partir da aplicação da sanção criminal, ou isentar de tal quem já foi previamente apontado como autor daquele fato. Não lhe cabe emitir julgamento além do que foi pedido. No sistema pleno de garantias não há lugar para que o juiz escolha, segundo critério apriorístico, quem restará sob julgamento. O juízo de valor do magistrado é vinculado, está adstrito ao que foi proposto como limite, quanto ao fato e ao suposto agente, pelo órgão acusador, ora ministério público, ora agente privado. O juiz, no exercício da jurisdição penal, atua a partir dos termos da acusação, isto é, a ele é dado apenas

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 84: “[...] o processo penal acusatório, ou processo de partes (em contraposição ao inquisitório), deve ser entendido, sinteticamente, como aquele em que as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos diversos, daí decorrendo os seguintes corolários: a-1) os elementos probatórios colhidos na investigação prévia servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorados como provas; a-2) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz; a-3) todo o processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural.”

restringir, nunca ampliar, fatos, circunstâncias e pessoas. Esta é a essência do modelo acusatório.

Corolário da divisão de tarefas no jogo do processo penal, é a posição de inércia do julgador.

O princípio da imparcialidade se perfaz na justa medida da ausência de vinculação do juiz com os interesses das partes. O processo é um jogo que se desenvolve a partir de dois jogadores com interesses próprios, nem sempre antagônicos, postos para decisão pelo julgador, pessoa alheia àqueles interesses. A imparcialidade somente poderá advir se o juiz se mantiver equidistante das partes, julgando os fatos a partir do que lhe é posto para apreciação. Produzir prova é, portanto, denunciadora de adoção de posicionamentos, tomada de postura.

Com a recente incorporação ao sistema de processo penal brasileiro da Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008, ao que parece, o legislador andou na contramão da tendência mundial dos ordenamentos que adotam posturas de vinculação ao perfil garantista nos moldes ferrajoliano. Mais exatamente, o que se vê, a partir da reforma do art. 156, do Código de Processo Penal é, no mínimo, mitigação do princípio da imparcialidade do juiz pela busca exacerbada da “verdade real”.

1 A iniciativa probatória no processo penal

É relevante que seja identificado um conceito próprio para prova. Neste sentido, é lugar comum a histórica abordagem que se faz na doutrina quanto às três acepções tomadas para o termo⁵.

⁵ DELLEPIANE, Antonio. *Nova Teoria da Prova*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958. p. 19.

Primeiramente, toma-se o termo prova no sentido de identificar, na verdade, os meios de prova. Nesta acepção, prova são os diferentes tipos existentes em cada legislação, isto é, prova testemunhal, pericial, indiciária. Portanto, estaria ligado ao modo de realização da diligência na perspectiva de auferir a certeza.

Outra acepção corrente para o termo é a que o vincula à própria ação de provar, isto é, a quem incumbe a produção da prova, via de regra, diz-se que o ônus da prova cabe a quem fizer a alegação.

Por fim, o termo prova está diretamente ligado ao destinatário dos elementos colhidos a partir da realização da ação de provar e, sobretudo, ao grau de certeza dos fatos que advirá na mente do julgador. A prova será mensurada a partir da aptidão para traduzir certeza da ocorrência dos fatos e da sua autoria no subjetivo do julgador.

Dada a dimensão deste artigo, bem como possuir um objeto identificado e restrito, portanto, é bastante levar em conta apenas a segunda acepção do termo. Mediamente, será de alguma relevância emprestar uma sucinta análise quanto à terceira, uma vez que ambas as acepções estão interligadas. A tomada de postura de elastecer a forma de produção da prova, a ação de provar especificamente, denota uma perspectiva de consideração da verdade buscada pela via do desenvolvimento do processo penal, isto é, a da verdade real ou a da verdade formal ou processual. Ou seja, o que se pretende com o processo penal, que paradigma de verdade é possível alcançar pela via do desenvolvimento regular de um processo de modelo acusatório, se não se concebe transigir como princípios?

O princípio da presunção de inocência, consignado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, assegura que ninguém será tido por culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim,

ao condenado em processo criminal somente serão impostos os efeitos da sentença condenatória quando ultimadas todas as possibilidades de reforma da decisão. Os efeitos que ficam sobrestados, condicionados à concretização da coisa julgada, serão todos os decorrentes da sentença penal condenatória, tanto os necessários como os que dependam de motivação do julgador.

O estado de inocência somente se desconstitui se, e somente se, percorrido um processo que se desenvolveu de forma regular, respeitando-se todos os direitos individuais. Uma vez que a inocência é o estado natural do homem, quando o acusam do cometimento de um determinado fato criminoso, pretendendo-se desconstituir o estado de inocência, próprio da condição humana, é consequência que a desconstituição da regra pressupõe atuação probatória de quem assim argumenta.

Em outras palavras, caberá a quem alega, provar a existência do fato criminoso e a sua autoria. A presunção de inocência autoriza, portanto, conceber a inércia do réu, eis que ao acusador, público ou privado, cabe provar o que alega. É verdadeiro que não se pode exigir do réu provar o que é a regra, isto é, provar que é inocente. Assim, no mínimo quanto à autoria e materialidade, ou existência, do crime, o acusador deverá desenvolver a atuação probatória. Cumprirá à parte ré, no máximo, buscar excluir antijuridicidade ou culpabilidade, se arguir tais teses⁶.

⁶ Eugênio Pacelli de Oliveira afirma: “Entretanto, não se exige que a acusação, em todas as ações penais, faça prova de se tratar de acusado capaz e mentalmente são. Parte-se da presunção legal de que se pessoas maiores de idade, até prova em contrário, sejam efetivamente capazes. Por isso, como veremos, até a citação do incapaz, de cuja incapacidade não se tem ainda notícia, é feita pessoalmente. Havendo, porém, quaisquer indícios de se tratar de acusado portador de alguma enfermidade, deverá o juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou

A iniciativa probatória, no modelo acusatório, onde os papéis são bastante definidos cabe, precipuamente, à parte acusadora, uma vez que, como se sabe, a presunção de inocência, relativa que seja, autoriza a inércia do réu, ao menos quando o réu afirmar a sua inocência assim o fizer aduzindo a inexistência do fato criminoso, por atipicidade da conduta ou mesmo pela negativa de autoria.

Para Jacinto Coutinho, o juiz é órgão super partes, isto é, não estará em posição superior às partes, mas, deve manter-se equidistante dos interesses da acusação e da defesa, e, obviamente, posicionar-se também distante dos seus interesses individuais, sob pena de vulnerar sua imparcialidade, atitude, esta, tão ou mais nefanda quanto aderir aos interesses das partes, individualmente.⁷

Ao deliberar a realização de determinado ato, tem-se, em mente, sem dúvida, uma idéia já previamente concebida das possibilidades de resultados que daquela atuação poderão advir. Não há, neste sentido, um juízo absolutamente desprezioso. Ao deliberar colher determinado testemunho, ou produzir determinada prova pericial, há um propósito em mente do julgador, ou, no mínimo, uma prévia desconfiança do que poderá encontrar. Certo que não lhe acometerá da surpresa qualquer descoberta que esteja dentro do âmbito normal de

cônjuge do acusado (art. 149, CPP), requerer o exame de insanidade mental do acusado. Cabe, assim, à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à materialidade do fato (sua existência) e de sua autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente de ilicitude ou mesmo da culpabilidade. Por isso, é perfeitamente aceitável a disposição do art. 156, do CPP, segundo a qual “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer””. (Curso de Processo Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 296).

⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____. (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11.

previsibilidade. Assim é que conceder ao julgador o poder de deliberar a produção de ofício de determinado meio de prova é admitir uma vulnerabilidade no seu atuar, uma tendência de provar, ou desconstituir, uma verdade antes construída pela intuição.

Por outro lado, não é o juiz do processo penal do tipo apassivado, quedado à mercê das partes, especialmente da parte acusadora. O juiz, diante de uma lide de natureza penal, tem maior abrangência de atuação e maior mobilidade, tudo decorrendo, obviamente, do interesse subjacente no âmbito do criminal, isto é, interesse de manifesta relevância para a sociedade.

A verdade buscada pelo juiz no processo penal é a que está atrelada aos limites do que proposto pelo órgão acusador, ou seja, ao juiz criminal não é dado decidir além dos limites da acusação. Buscará a plausibilidade, a verdade processual do que proposto pela acusação e mais não poderá obter, dentro dos limites informados pela observância aos direitos humanos⁸.

Explicando: se a acusação evidencia a prática de um fato criminoso, com todos os seus elementos

⁸ “Estes casos mostram desde já que o conhecimento da verdade material não é objetivo da fase de produção no Processo Penal. sua meta é antes a obtenção formalizada da verdade. O Direito Processual Penal coloca diante do juiz, com sua compreensão cênica, uma tarefa que ele absolutamente não pode realizar: buscar a verdade, porém não a qualquer preço. O preço são os direitos humanos que servem como meio de prova. Estes direitos custam a apuração integral da verdade. O juiz tem que estar de olhos atentos para produzir um caso que contenha somente uma parte das informações relevantes, porque a outra parte é tabu. O próprio Direito o impede de experimentar tudo que deveria saber para fundamentar sua sentença sobre um caso “verdadeiro”. O que ele descobre não é a verdade material, mas a “verdade forense” obtida por caminhos formalizados; e a ela é dirigida a compreensão cênica do processo penal”. HASSEMER, Winfred. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 231.

conformadores, desde a tipicidade até a culpabilidade, interpõe a ação penal. Ao crivo do acusador estará propor uma redefinição dos limites da acusação, remodelando o enquadramento legal, ou ampliando ou restringindo a autoria ou participação no evento, ou, até mesmo reinaugurando investigação de novo tipo penal, tudo, é certo, permeado pelo respeito aos direitos individuais e o devido processo legal, abrangendo-se todas as garantias constitucionais previstas.

Na perspectiva de afirmação da veracidade da acusação, o julgador poderá agir de forma instrutória, isto é, determinando a realização de prova, por provocação ou de ofício. A partir do caso posto para julgamento, surge o interesse público na solução da controvérsia. A solução ultrapassa os limites da demanda para atingir o interesse da coletividade. A dimensão da solução da controvérsia penal determina ao juiz a adoção de postura que, não raras vezes, quebram a sua inércia e, sobretudo, ultrapassam a atuação por provocação. Obviamente que não compromete sua imparcialidade eis que a eleição dos pólos da demanda já foi previamente feita pelo acusador e somente por ele poderá ser requerida a alteração das partes.

Assim é que poderes instrutórios, inclusive de atuação de ofício, não comprometem a imparcialidade do julgador. Ao contrário, coaduna-se com a perspectiva mais abrangente e de maior repercussão que enseja a solução de uma controvérsia penal.

Contudo, a partir da Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008 que, dentre outras coisas, alterou o art. 156, do Código Penal, vislumbra-se uma ampliação dos poderes do julgador, mais precisamente, das possibilidades de atuação de ofício. Ampliação que, ao contrário, da admissibilidade de atuação de ofício no curso da instrução criminal, que vem em favor da justa solução da demanda, a

outra inovação legal, isto é, a intervenção do juiz na determinação de colheita de prova antes mesmo de iniciada a ação penal, o poder “investigatório”, que vem na contramão de um processo garantista, esculpido com os traços do paradigma acusatório. É o que se verá adiante⁹.

2 Os poderes “investigatórios” do juiz: a inconstitucionalidade do art. 156, I, do Código de Processo Penal

O centro da abordagem do presente artigo é, justamente, o que dispõe o art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal, inovação que passou a integrar o nosso ordenamento quando da edição da Lei n. 11.690/08.

A partir da concepção do paradigma acusatório, que tem afinidade com os modelos de Estados Democráticos de Direito, percebe-se que a redação do inciso I, do art. 156, do Código de Processo Penal, não apresenta inovação, que é o que se espera, via de regra, quando se está diante de reforma legislativa. Ao contrário, veio na contramão. Está caracterizado um retrocesso, e, conseqüentemente, uma inconstitucionalidade se apresenta em vias de ser

⁹ O art. 156, do Código Penal, tinha a seguinte redação: “Art. 156. A prova da alegação incumbe a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Com a atual redação que lhe deu a nova Lei n. 11.690/08, passou à seguinte redação: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

formalmente reconhecida, pelas competentes instâncias de poder.

Primeiramente, há que se fazer uma distinção entre os poderes instrutório e investigatório do juiz.

Diz-se que o poder investigatório do juiz decorre, necessariamente, da possibilidade de que dispõe para emprestar ao processo maior efetividade e compatibilidade com a verdade idealizada pelas partes no cenário do processo criminal. A verdade forense terá maior ou menor aproximação com a verdade material na medida em que o julgador desenvolva maior ou menor produção de provas, a requerimento das partes ou mesmo de ofício.

Afirma-se que o juiz detém poder instrutório na medida em que instrui, isto é, na justa medida em que informa, dota de mais subsídios as verdades que pretenda demonstrar a acusação ou as verdades que a defesa pretenda evidenciar.

O juiz, no curso da instrução criminal, isto é, uma vez instaurada a demanda, judicializada a ação penal, pode determinar a produção de prova para dirimir ponto relevante ao julgamento da causa. Nenhuma ofensa ao paradigma acusatório se apresenta uma vez que o juiz pretende elucidar as verdades postas pelas partes. Nada mais.

Diante de fato novo porventura descoberto no curso da ação penal que importe ou em acréscimo na tipificação penal ou mesmo aumento no número de agentes, nova inclusão de autores ou partícipes, tais circunstâncias somente poderão vingar no processo se quanto a elas se manifestar o acusador, através do aditamento à inicial ou mesmo do instituto da *mutatio libelli*. Vê-se, desta forma, preservado o modelo acusatório. Os limites da acusação foram previamente estabelecidos pela peça inicial passando, obviamente, pelo crivo judicial quando do seu recebimento.

Ao magistrado será sempre defeso estender os limites da acusação. Poderá, sim, reduzi-los.

Diferentemente desta hipótese, há a possibilidade que hoje se confere ao juiz criminal, a partir do início de vigência da Lei n. 11.690/08, quanto aos poderes investigatórios.

Pela própria interpretação lexical, investigar quer dizer “fazer diligência para achar, para descobrir algo”¹⁰.

Atribuir ao julgador poderes investigatórios para, mesmo antes de oferecida a demanda por quem tem competência para tanto, ou seja, tratando-se de ação pública, em quaisquer das modalidades, o Ministério Público, ou, em se tratando de iniciativa privada, ao ofendido ou seu representante legal; atribuir-lhe poder investigatório é reconhecer, no mínimo, uma parceria, ainda que velada, entre a acusação e o juiz.

O juízo, neste momento, não está formado na sua configuração primária, ou seja, ainda não se firmaram os limites do processo onde se desenvolverá toda a instrução probatória no desiderato de alcançar a verdade a partir de um contexto cênico previamente estabelecido pelo acusador. Facultar ao juiz a possibilidade de auferir verdades a partir de uma busca de ofício é, sem dúvida, por em cheque o paradigma do sistema acusatório, referencial emblemático dos Estados de Direito.

Não obstante esta constatação isenta da mais mínima ressalva, o legislador entendeu por fazer incluir no feixe de atribuições do juiz a possibilidade de funcionar como um coadjuvante da acusação. Na medida em que produz prova de ofício, estabelece um cenário, idealizado a

¹⁰ AULETE, Caldas. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. Volume III. Rio de Janeiro: Delta S.A., 1958. p. 2790.

partir da eleição de um aspecto a investigar, que compromete a sua imparcialidade.

Neste sentido e a par da incompatibilidade evidente com o modelo acusatório do sistema penal brasileiro, é que, por certo, o inciso I, do art. 156, do Código de Processo Penal, não prosperará após a análise da sua constitucionalidade, o que se aguarda ocorrerá em sede de julgamento futuro pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda que não se possa conceber tal inconstitucionalidade, da simples análise do dispositivo mencionado, verifica-se, de logo, que, como sempre ocorre na elaboração de normas processuais penais, o legislador pecou mais uma vez pela imprecisão¹¹.

Ao conferir ao juiz criminal mais esta atribuição, a de determinar de ofício a investigação criminal pela via de concretização de determinados meios de prova, condicionou tal prerrogativa à observância da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Ou seja, trouxe para o ordenamento jurídico a proporcionalidade como condicionante à atuação do juiz ainda em fase investigatória, isto é, antes mesmo da propositura da ação penal. Mas, quando se deve tomar uma decisão de produção de prova

¹¹ Não é difícil constatar na legislação processual penal brasileira o pouco cuidado do legislador em ser preciso na consignação de dispositivos e, sobretudo, na caracterização de institutos. Assim é que, apenas a título de exemplo, verificar-se que o Código de Processo Penal não traz em seu texto sequer a previsão de processo cautelar. É verdade que a doutrina diverge quanto à existência de um processo penal cautelar autônomo nos moldes em que ocorre no âmbito do direito processual civil, mas, é de se reconhecer, no mínimo, a existência de medidas cautelares que, assim, já mereceriam consideração capitulada pelo nosso ordenamento processual. Nada disso ocorre. Ao contrário, vê-se que, não obstante a atuação do juiz na presidência de um feito onde a demanda é de natureza criminal, a sua atuação ser, sobremaneira, de natureza acautelatória, vemos que não houve uma preocupação em estabelecer disposições gerais a esta forma particular de atuação judicial.

que tenha observado a necessidade, adequação e proporcionalidade?

Afinal, quando será necessário usurpar-se na função de acusador ou de defensor, e determinar medidas probatórias? Quando será adequado assim proceder? E, por fim, tomando-se como referencial a proporcionalidade como a justa medida entre dois bens jurídicos, em que circunstâncias guardar-se-á a proporcionalidade? Indagações que, deixadas ao critério do julgador, talvez o acometerá da nefasta pecha da parcialidade.

A idéia de proporcionalidade está inserida na própria concepção de racionalidade humana. Proporção é a relação entre as coisas. Uma relação de comparação entre coisas. A idéia de proporcionalidade diz respeito a dois elementos em jogo. Tudo o que é proporcional o é em relação a algo¹².

Transportada para o âmbito do Direito, a proporcionalidade pressupõe um Estado Democrático de Direito, porquanto determina os limites de poder do próprio Estado, sobretudo na sua relação com os direitos fundamentais.

Paulo Bonavides admite que somente é possível compreender o conteúdo e o alcance do princípio constitucional da proporcionalidade se tomado em consideração o advento de duas concepções de Estado de Direito. Uma ultrapassada e vinculada ao princípio da legalidade; e a outra, concepção moderna, em que são posicionados os direitos fundamentais como centro de gravidade da ordem jurídica¹³.

¹² SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da PROPORCIONALIDADE na Jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. Limites e Possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 108.

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 398.

Nesta perspectiva, transpõe-se o princípio da legalidade para ter lugar a submissão da lei aos direitos fundamentais. O fundamento de constitucionalidade de uma norma está na compatibilidade com os direitos fundamentais.

Assim é que se deve tomar o princípio da proporcionalidade como vetor de promoção dos direitos fundamentais, na perspectiva de defesa do cidadão e da sociedade, com o asseguramento destes direitos na perspectiva de sua validade máxima.

Serrano afirma que o princípio constitucional alemão da proibição de excesso se decompõe em três subprincípios: o da idoneidade (adequação ao fim), da necessidade (intervenção mínima) e proporcionalidade em sentido estrito (contraposição dos valores e ponderação dos interesses segundo as circunstâncias de cada caso concreto)¹⁴. Neste mesmo sentido, manifesta-se Canotilho afirmando que o princípio da proporcionalidade é um superconceito, e, assim, se subdivide em três outros referindo ao princípio da conformidade ou adequação dos meios, da exigibilidade ou da necessidade e, por fim, da proporcionalidade em sentido estrito¹⁵.

¹⁴ SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad Y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madri: Editorial Colex, 1990; Serrano refere ao princípio da proporcionalidade no direito administrativo espanhol, afirmando que tem assento constitucional no âmbito do Direito Administrativo porquanto o art. 103.1 tem assentado que a Administração Pública serve com objetividade aos interesses gerais. E, no art. 106, 1, que os Tribunais controlam a submissão da atuação pública aos fins que a justificam.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 384; Canotilho referindo ao Direito Português afirma que, neste ordenamento, o princípio da proporcionalidade, ou da proibição de excesso, é do tipo normativo, em contraposição aos princípios ditos abertos. Normativo porque tem previsão constitucional expressa (arts. 18.º/2, 19.º/4, 272.º/1), disso se conclui que não se trata de princípio meramente informativo, mas, sim, de aplicação obrigatória.

Wellington Barros, apresentando uma definição menos abrangente do princípio da proporcionalidade, faz referência à teoria de Humberto Ávila, para quem a idéia de proporcionalidade, ao que chama de postulado, não é tão ampla quanto a idéia de proporção. A proporcionalidade está ligada a uma relação de causalidade, isto é, entre dois elementos empiricamente distinguíveis, um meio e outro fim, na qual seja possível se proceder a três exames fundamentais: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade estrita. A ideia da proporcionalidade tem lugar sempre que há uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade (estado desejado das coisas)¹⁶.

Da análise do dispositivo previsto no inciso I, do art. 156, do Código de Processo Penal, evidencia-se, no mínimo, uma imprecisão legislativa. Transportada para o direito a idéia de proporcionalidade, admite-se desde que presentes os seus pressupostos, ao que Canotilho refere como subprincípios. Isto é, para se tomar uma decisão que guarde a proporcionalidade, nela já estarão subjacentes o princípio da conformidade ou adequação dos meios, o da exigibilidade ou da necessidade e, por fim, o da proporcionalidade em sentido estrito.

O legislador, ao estender as prerrogativas do juiz diante de uma suspeita de cometimento de fato criminoso, abrindo-lhe a possibilidade de produzir provas de ofício, assim o fez condicionando à proporcionalidade, sem, contudo, particularizar o que se deve entender como proporcional. Observa-se que, a partir da conceituação do citado princípio, esta contém a adequação e necessidade como subprincípios e, nenhum destes foi esmiuçado pelo legislador. A ausência de critérios objetivos para identificar

¹⁶ ÁVILA, Humberto *apud* BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchero. *A Proporcionalidade como Princípio de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 41.

a proporcionalidade da medida, que deverá, necessariamente, obedecer à adequação e à necessidade, fica a critério do julgador que, assim, não estará atrelado a nenhum referencial. Melhor seria, caso se admita esta possibilidade de atuação, afirmar indicando as hipóteses, quando o julgador poderá determinar a realização de prova antes de iniciada a instrução criminal. A vaguidade, certamente, dará ensejo a arbítrio.

Conclusões

A dinâmica da evolução das leis processuais penais não guarda a mesma velocidade que a das leis processuais civis. O que se observa no Brasil é uma velocidade fenomenal na inclusão de novos tipos penais. A rapidez na edição de normas de cunho material, de criminalização de condutas, esta sim, é merecedora de ressalva. Mais uma vez, a equivocada percepção da contenção da criminalidade pela via da criação de tipos penais!

Quando se observam alterações nas leis processuais penais, constata-se que, invariavelmente, absorvidos pelo desejo de emprestar maior celeridade aos julgamentos, efetividade às decisões penais, muitas vezes ainda, os legisladores, acalantados pela visão de uma verdade absolutamente real, deixam-se levar por caminho mais fácil. Assim, editam leis descasadas dos direitos fundamentais. A justificativa de celeridade sempre vem como respaldo e, também infelizmente, é absorvida pela sociedade como medida justa.

Com a edição das recentes reformas processuais penais incorporadas pelas Leis citadas, todas em vigor desde o ano de 2008, observou-se que o legislador, ao editá-las,

teve em mente emprestar maior celeridade e eficiência aos julgamentos. Assim o fez, contudo, partindo de uma premissa falsa: julga de forma célere, e terá decisões justas. Inicia uma ação penal, prenda um suposto culpado, - eleito muitas vezes à margem do respeito ao mais mínimo princípio processual penal, o da imparcialidade -, e, condene-o, mascarando a obediência aos princípios constitucionais.

A par da constatação de alguns equívocos cometidos pelo legislador, espera-se posicionamentos dos tribunais superiores para que assim se tenha um processo penal desenvolvido na perspectiva da liberdade e, desta forma, permeado pelo respeito aos direitos fundamentais.

Referências

AULETE, Caldas. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Delta, 1958. vol. 3.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchero. *A Proporcionalidade como Princípio de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Reformas Penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____. (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELLEPIANE, Antonio. *Nova Teoria da Prova*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoria del garantismo penal*. Madri: Trotta, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

HASSEMER, Winfred. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. *Formação da Prova no Jogo Processual Penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da PROPORCIONALIDADE na Jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. Limites e Possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad Y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990.

SILVA, Ivan Luís Marques. *Reforma Processual Penal de 2008*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Prolegômenos da Justiça Terapêutica

Flávio Augusto Fontes de Lima¹

Sumário: 1 A fascinante questão das drogas ilícitas. 2 Breve contexto histórico das drogas. 3 Surgimento da Justiça Terapêutica. O Centro de Justiça Terapêutica de Pernambuco, pioneiro em toda América Latina. In(Conclusão). Referências.

Resumo: O estudo da Justiça Terapêutica visa a compreender melhor esse novel instituto, com uma nomenclatura tão polissêmica e com pouquíssimas fontes de estudo disponíveis. Em 1999, um grupo gaúcho concebeu um modelo nos quais maiores penais usuários de substâncias que praticassem delitos deveriam ser tratados por imposição judicial, conforme é previsto na ECA para adolescentes que praticam atos infracionais. Esse movimento foi denominado Justiça Terapêutica e, apesar de recente, tem sido alvo de calorosos elogios e severas críticas, mormente de pessoas das áreas da justiça e saúde. Percebemos que há, no Brasil, uma grande desinformação a respeito dos postulados da Justiça Terapêutica, poucas estatísticas e uma falta de rigor metodológico por parte dos próprios defensores desse movimento.

Palavras-chave: Direito Penal. Justiça Terapêutica. Drogas.

Abstract: The Study of Therapeutic Justice aims to a better comprehension of this inexperienced institute, with a polyssemic nomenclature and very

¹ Juiz de Direito titular da Vara de Execução de Penas Alternativas de Pernambuco. Coordenador do Centro de Justiça Terapêutica de Pernambuco. Mestre em Direito, pela UFPE. Doutor em Direito, pela USP. Professor universitário.

few sources about it available. In 1999, a south-brazilian group (from the State of Rio Grande do Sul) conceived a model in which the individuals in the age of majority for penal issues that have practiced fouls, should be treated by judicial imposition, as it is ruled by the 'ECA' (acronym that refers to the Statute for Childhood and Teenagers in Brazil) for youngsters who have committed acts of infraction. This tendency was called 'Therapeutic Justice' and, although recent, it has been target of warm compliments and severe critics, mostly by people from the areas of Health and Justice. We have noticed that in Brazil there is a big lack of information about the postulates of Therapeutic Justice, few statistics and scarcity of methodological rigorousness by the defenders of these precepts.

Keywords: Penal Law. Use. Therapeutic Justice. Drugs.

1 A fascinante questão das drogas ilícitas

Como observou Ricardo Freitas, a história das idéias penais compreende, nem sempre ordenados, avanços e recuos.² Em nossa experiência como juiz criminal há mais de dezesseis anos, sempre achamos problemática e fascinante a relação: drogas – delitos – infratores – prisão – reincidência – tratamento. Esse tema vem alcançando posição de destaque no debate nacional e internacional.

Segundo a UNDCP (United Nations International Drug Control Programm) , agência da ONU para o Controle Internacional de Drogas, as nações gastam cerca de US\$ 120 bilhões por ano em programas de

² FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As Razões do Positivismo Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 362.

recuperação de usuários, de repressão ao tráfico ilícito, e no aparelho jurídico-policial decorrente de delitos praticados, também, pelo uso indevido de drogas.

Estimou-se que o consumo de drogas ilícitas atinge 4,2% da população mundial, o que tem levado a uma política antidrogas, desde o século XX, muito forte, com rigorosas legislações penais aplicáveis até mesmo a usuários de substâncias psicoativas.

Como já visto, há intensa influência das idéias dos drug courts na Justiça Terapêutica. A propósito, será muito útil à tese, duas visitas à corte de drogas, realizadas em 2001 e 2004, onde pudemos observar pessoalmente vários aspectos.

A produção doutrinária praticamente se limita a artigos e cartilhas. Talvez, o primeiro livro jurídico que se conhece com o título envolvendo a Justiça Terapêutica, no país, chama-se “Estudos Sobre a Justiça Terapêutica” publicado em Recife pela editora Bagaço, em 2003. Trata-se de monografia final de conclusão do curso de Direito da FADO/AESO, de Arnaldo Fonsêca de Albuquerque Maranhão Neto.

Do ponto de vista legislativo, só há uma referência à expressão Justiça Terapêutica que se encontra no anexo ao Decreto n. 4.345/02.

2 Breve contexto histórico das drogas

Não se sabe identificar a origem do uso de drogas pelo homem, que sempre as utilizou sob motivações místicas, religiosas, artísticas, terapêuticas e sociais.³ Há

³ REGHELIN, Elisangela Melo. *Redução de Danos: prevenção ou estímulo ao uso de drogas injetáveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 49.

8.000 anos a língua suméria já descrevia a papoula, de onde vem o ópio, como a “planta do prazer”. O ópio foi usado como sedativo para a dor no Oriente Médio, como ingrediente de remédios no Egito, e como sonífero no Império Romano. Já há referências à maconha há cerca de 6.000 anos atrás e apesar de surgir no norte do Afeganistão, propagou-se por diversos povos por seus poderes medicinais. A coca é registrada nos Andes há pelo menos 2000 anos.⁴

Após séculos de tolerância ao uso de substâncias psicoativas, no Ocidente, apenas no início do século XX, deu-se a criminalização pelo uso de algumas drogas. Inicialmente nos EUA, e com o passar do tempo, difundiu-se por todo o mundo, numa espécie de demonização⁵.

Em 1937, nos EUA, foi aprovada a lei federal contra o uso da maconha. Em 1956, aprovou-se o *Narcotic Control Act*. Houve estados americanos, cujas penas chegaram a 15 (quinze) anos de trabalhos forçados para uma pessoa primária que portava maconha. Em 1961, ocorreu a aprovação da primeira convenção da Organização das Nações Unidas sobre as drogas, que preconizou a necessidade de ações coordenadas e universais para reprimi-las. Foi o então Presidente dos EUA, Richard Nixon, que tornou célebre a expressão guerra contra as drogas (*war on drugs*) com leis duras até para usuários.

Zaffaroni entende que se inventou uma realidade pala qual todo usuário de drogas ilícitas é um dependente, e todo dependente comete delitos, ou seja, construiu-se, de

⁴ VERGARA, Rodrigo. *Drogas*. São Paulo: Abril. p. 37, 44, 49-50.

⁵ GAUER, Ruth M. Chittó. *Alguns Aspectos da Fenomenologia da Violência*. Porto Alegre, Informativo do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, n.1, mai-jun. 1999, p. 5-6.

modo irreal, o estereótipo do jovem-usuário-dependente-delinquente⁶.

Decorrente da constatação fática de que são a maior população carcerária do planeta, e que muitas pessoas eram detidas por problemas referentes às drogas lícitas e ilícitas, idéias como a *drug court* passaram a ser experimentadas nos EUA.

Liderada pelo juiz, atualmente aposentado, Jeff Tauber, a primeira *drug court*⁷ do mundo foi criada em 1989, na cidade de Miami, com a implantação de um sistema diverso do tradicional encarceramento e repressão. Consistia num sistema de tratamento com três fases, testagens obrigatórias, recompensas e punições gradativas visando, entre outras coisas, à polêmica abstinência. Foram incluídos à justiça criminal americana, tão retributiva e repressora, elementos nunca antes experimentados, como a saída imediata da prisão e a possibilidade de extinção da pena, em caso de sucesso no tratamento. As *drug courts* visam a tratar os indivíduos, cujo envolvimento com a justiça criminal decorre do abuso de álcool e outras drogas.

Com os resultados obtidos em Miami, as *drug courts* foram sendo reproduzidas e, em março do ano passado, quando visitamos o Departamento de Estado em Washington DC, chegavam a 1.250.

No Brasil, por sua vez, o sistema processual penal apresenta pouca discricionariedade, pois a legalidade é princípio constitucional e infraconstitucional. Cláudio

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La legislación "anti-droga" latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritário*. Porto Alegre, Fascículo de Ciências Penais: Drogas – Abordagem Interdisciplinar, vol. 3, n.2, abr-mai-jun. 1990, p. 16-25.

⁷ HORA, Peggy Fulton; Schma, William G.; ROSENTHAL, John T.A. *Therapeutic Jurisprudence and The Drug Treatment Court Movement: Revolutionizing The Criminal Justice System's Response To Drug Abuse and Crime in America*. Notre Dame Law Review. p. 481-485.

Brandão⁸ analisa o significado jurídico do princípio da legalidade. Todavia, não se pode ignorar a crescente influência do sistema da *Common Law*, eminentemente jurisprudencial.

É como acentuou José Carlos Barbosa Moreira:

Conforme bem se compreende, a incontrastada hegemonia político-econômica dos Estados Unidos no mundo contemporâneo tem exercido *urbi et orbe* considerável força de atração. Raro é o povo – se algum existe – que permanece imune à influência dos padrões norte-americanos. Atua esse movimento em todos os setores da vida social, e o direito não faz exceção⁸.

3 Surgimento da Justiça Terapêutica. O Centro de Justiça Terapêutica de Pernambuco, pioneiro em toda América Latina

Não há dúvidas da grande influência das *drug courts* norte-americanas no modelo brasileiro, batizado de Justiça Terapêutica por um grupo de representantes do Ministério Público gaúcho liderado por Ricardo Oliveira e Luiz Achylles Petiz Bardou, assessorados pela psiquiatra Carmem Freitas.

Elucidativo em relação à gênese do movimento é o artigo “A problemática das drogas” assinado por Luiz Bardou e Carmem Freitas⁹. Este texto é o mais completo sobre a origem desse movimento.

⁸ BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 71-91.

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, v. 12, 2000. p. 89.

⁹ BARDOU, Luíz Achylles Petiz; FREITAS, Carmem C. *A Problemática das drogas*. Disponível em:

Tiveram como paradigma a Lei n. 8.062/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que criou a medida protetiva da imposição de tratamento a crianças e adolescentes alcoólatras e toxicômonas (art. 101, VI). Foi mais além, ao facultar ao juiz a aplicação dessa medida protetiva terapêutica no caso de prática de ato infracional pelos menores de dezoito anos adolescentes, ou seja, fixação de tratamento como medida sócioeducativa, como sanção.

Assim, foi gerado em 1996, pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, o Projeto Consciência, que envolvia técnicos de saúde, serviço social e operadores do Direito visando a atingir escolas dos municípios com informações educativas sobre drogas.

No ano de 1998, o projeto foi aperfeiçoado, seguindo o “RS sem drogas”, que começou a se voltar à capacitação dos operadores do Direito em conjunto com os profissionais de saúde, em busca de se atingir o dia-a-dia forense. Em 1999, o Tribunal de Justiça gaúcho se uniu ao Ministério Público fortalecendo mais ainda a neófito concepção de justiça criminal em interação com a terapêutica, visando à diminuição da criminalidade e da reincidência de infratores dependentes ou usuários.

Nesse período, as *drug courts* norte-americanas completavam dez anos de existência com resultados positivos, o que foi definitivo para o nascimento do Projeto Justiça Terapêutica como consequência do bom andamento do Projeto RS sem drogas. Florescia-se a possibilidade da imposição do tratamento como fator de motivação coercitiva externa, ao invés da sanção tradicionalmente cominada. Em contrapartida, o infrator teria sua pena reduzida ou mesmo extinta.

<http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/jterap_artigo3>. Acesso em: 22 fev. 2005.

O conceito de Justiça reúne os aspectos legais e sociais do Direito, enquanto o termo terapêutica, relativo à ciência médica e afins, define intervenção de orientação e/ou intervenção de tratamento e reabilitação de um estado patológico.

A adoção do termo Justiça Terapêutica é justificada, também, por possibilitar a eliminação de possíveis estigmas que se criariam para as pessoas atendidas pelo sistema de justiça. Caso fosse consignado o nome do local do atendimento jurídico com a titulação de “juizado ou vara de medidas para usuários de drogas, de dependentes químicos, de tóxicos, de entorpecentes, ou vara de medidas alternativas”, o que poderia, nesta última hipótese, ser confundido com outras operacionalizações judiciais já implementadas pela Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça.¹⁰

Ricardo Silva assim conceitua a expressão tentando fixar seu objeto:

No Brasil a proposta onde a legislação seja cumprida harmonicamente com medidas sociais, com tratamento às pessoas que praticam crimes onde o componente drogas, no sentido amplo esteja presente de alguma maneira, pode ser chamada de Justiça Terapêutica¹¹.

O então Presidente do Tribunal de Justiça de Pernambuco, Des. Nildo Nery dos Santos, instituiu o Centro de Justiça Terapêutica de Pernambuco, pioneiro na América Latina. Segundo o art. 1º, do Ato n.

¹⁰ BARDOU, Luíz Achylles Petiz; FREITAS, Carmem Có. *A Problemática das Drogas*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/jterap_artigo3>. Acesso em: 22 fev. 2005.

¹¹ SILVA, Ricardo de Oliveira. *A denominação Justiça Terapêutica*. Disponível em: <<http://www.movimentorenascer.org.br/justica/justica4.htm>>. Acesso em: 12 set. 2002.

544/2001, do Tribunal de Justiça de Pernambuco, cabe ao Centro de Justiça Terapêutica avaliar, acompanhar, instruir, produzir relatórios e laudos provenientes de processos advindos das varas criminais e juizados especiais criminais da capital:

O centro de Justiça Terapêutica, pioneiro na América Latina, é referência nacional, pela primeira vez o judiciário gira a sua visão e passa a entender que os adictos ou viciados em substâncias psicoativas, que cometeram os delitos denominados de menor potencial ofensivo, sob influência ou dependência dessas substâncias, sejam elas lícitas ou ilícitas, passem a ser vistos como doentes e carentes de tratamento psico-social. Essa nova abordagem do problema permite que os dependentes de drogas, desde o álcool até as consideradas ilícitas e que não sejam traficantes, tenham a oportunidade de se recuperarem, evitando o encarceramento que trazem danosas e perniciosas conseqüências¹².

No mesmo ano de 2001, a Corregedoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro, através do Provimento n. 20/01, instituiu o Programa Especial para usuários de drogas e dependentes químicos (PROUD), tendo como alvo menores de idade infratores em processos da 2ª Vara da Infância e da Juventude da Capital do Rio de Janeiro. Segundo o juiz carioca Guaraci Vianna esta unidade é: “[...] uma verdadeira Justiça Terapêutica, inspirada no modelo das *Drug Courts*, dos EUA”¹³.

¹² SANTOS, Nildo Nery dos. *Relatório de Atividades*: Tribunal de Justiça de Pernambuco – biênio 2000-2002. Recife: TJPE, 2002. p. 08

¹³ VIANNA, Guaraci de Campos. *Corte de Drogas, Justiça Legal e Justiça Social* – Gênese e conscientização. Disponível em: <http://pjabrunomartins.vilabol.uol.com.br/artigos/cortes_de_drogas.htm>. Acesso em: 22 fev. 2005.

Relatam as representantes do Ministério Público do Distrito Federal Maria Borges e Suzana Barros, que o programa de justiça terapêutica foi implantado em Brasília por meio do núcleo psicossocial forense do Tribunal de Justiça, alcançando o indivíduo infrator do artigo 16 da Lei n. 6.368/76¹⁴.

Convém registrar que, através do Ato Executivo Conjunto n. 28, de 26/09/02, o Judiciário e o Ministério Público estadual do Rio de Janeiro instituíram o programa Justiça Terapêutica, atuando na capital e, segundo o *caput* do art. 1º do mencionado ato¹⁵.

In(Conclusão)

Todos os aspectos e questões ora levantados justificam a relevância do estudo aprofundado da temática.

Outrossim, faz-se mister investigar o papel e a assimilação dos operadores do Direito, além de pesquisas e estudos de casos envolvendo infratores, cuja prática delituosa relaciona-se ao uso de drogas, de modo a buscar conhecer a visão dos mesmos quanto à implementação do programa de Justiça Terapêutica. Entendemos, assim, a importância da criação de uma vara ou juizado especializada nesse tema tão importante para a sociedade hodierna.

¹⁴ BORGES, Maria Elda Melo; BARROS, Suzana de Toledo. *Justiça Terapêutica para Usuários de Drogas Ilícitas*. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/eventos/teses/tese060.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2003.

¹⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ato Normativo Conjunto n. 28, de 26 de setembro de 2002. Disponível em: Disponível em: <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/Internet/Areas_de_Atacao/Justica_Terapeutica/Legislacao/Ato282003.html>. Acesso em: 10 abr. 2009.

Referências

BARDOU, Luíz Achylles Petiz; FREITAS, Carmem Có. *A Problemática das Drogas*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/jterap_artigo3>. Acesso em: 22 fev. 2005.

BORGES, Maria Elda Melo; BARROS, Suzana de Toledo. *Justiça Terapêutica para Usuários de Drogas Ilícitas*. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/eventos/teses/tese060.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2003.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal: Análise do Sistema Penal à Luz do Princípio da Legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As Razões do Positivismo Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

GAUER, Ruth M. Chittó. Alguns Aspectos da Fenomenologia da Violência. Porto Alegre, *Informativo do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*, n. 1, mai-jun. 1999, p.5-6.

HORA, Peggy Fulton; Schma, William G.; ROSENTHAL, John T.A. *Therapeutic Jurisprudence and The Drug Treatment Court Movement: Revolutionizing The Criminal Justice System's Response To Drug Abuse and Crime in America*. Notre Dame Law Review.

LARANJEIRA, Ronaldo (coord.) et al. *Usuários de Substâncias Psicoativas: Abordagem, Diagnóstico e Tratamento*. São Paulo: Cremepe SP/AMB, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, v. 12, 2000.

NAÇÕES UNIDAS. *Programa das Nações Unidas para o Controle Internacional de drogas. Brasil 10 anos de Compromisso* - ONU. Brasília: UNDCP, 1999.

SANTOS, Nildo Nery dos. *Relatório de Atividades: Tribunal de Justiça de Pernambuco – biênio 2000-2002*. Recife: TJPE, 2002.

SILVA, Ricardo de Oliveira. *A denominação Justiça Terapêutica*. Disponível em: <<http://www.movimentorenascer.org.br/justica/justica4.htm>>. Acesso em: 12 set. 2002.

VERGARA, Rodrigo. *Drogas*. São Paulo: Abril.

VIANNA, Guaraci de Campos. *Corte de Drogas, Justiça Legal e Justiça Social – Gênese e Conscientização*. Disponível em: <http://pjabrunomartins.vilabol.uol.com.br/artigos/cortes_de_drogas.htm>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La legislación “anti-droga” latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritário*. Porto Alegre, *Fascículo de Ciências Penais: Drogas – Abordagem Interdisciplinar*, vol.3, n.2, abr-mai-jun. 1990, p.16-25.

Breves considerações acerca do ativismo judicial e da probidade processual

Lúcio Grassi de Gouveia¹

Sumário: Introdução. 1 O dever de probidade no processo civil. 2 A variedade de sanções punitivas no ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão. Referências.

Resumo: Na busca de um processo civil de resultados, os juízes devem atuar de forma a garantir a prevalência do princípio da probidade processual, cumprindo o dever de aplicar as diversas sanções punitivas contidas no sistema processual civil brasileiro às ilicitudes cometidas pelas partes.

Palavras-chave: Processo civil brasileiro, ativismo judicial, probidade processual.

Abstract: In search of a civil proceeding of results, the judges must act to ensure the prevalence of the principle of probity process, fulfilling the duty to implement the various punitive sanctions in the system for illegal brazilian civil procedure committed by the parties.

Key words: brazilian civil procedure, judicial activism, procedural probity.

¹ Professor do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Doutor em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa. Mestre em Direito pela UFPE. Coordenador da Esmape. Coordenador do Centro de Estudos Judiciários do TJPE. Juiz de Direito.

Introdução

A preocupação com a probidade processual existe desde a antiguidade e preocupa os estudiosos do Direito dos nossos dias. Tal preocupação tem motivado juristas a se debruçarem sobre o assunto, tendo inclusive o tema Abuso dos Direitos Processuais sido objeto de estudos em Simpósio realizado pela Tulane University, na cidade de New Orleans, Estados Unidos da América, em outubro de 1998, onde estiveram presentes representantes de diversos países.

Tal inquietação é bem maior em países como o Brasil, onde existe um total descaso dos operadores do direito em relação ao princípio da probidade processual; onde os deveres das partes, procuradores e de todos aqueles que participam do processo permanecem como letra morta no Código de Processo Civil; onde o “valor” do advogado se mede pelo mal que ele pode causar ao andamento do processo e onde existe a crença generalizada no seio do povo de que o bom advogado é aquele que faz uso de meios e requerimentos escusos para protelar ou dificultar a restauração do direito violado. Dessa maneira, recebem esses profissionais o louvor e a fama por desrespeitarem impunemente os deveres de boa-fé e lealdade.

É que por melhor que sejam os processos e seus procedimentos, a busca da decisão final não prescinde daquilo que o direito português, na esteira dos direitos austríaco e alemão, prevê como princípio da cooperação intersubjetiva, seja a cooperação do tribunal com as partes ou dessas com o tribunal. Evidencia-se assim a necessidade de que exista uma pluralidade de pessoas operando contemporaneamente e de forma adequada, para conseguirem um resultado de síntese, que não pode ser

alcançado por um só indivíduo. Nessa linha da cooperação, destacaremos o dever de as partes adotarem uma conduta leal e proba no processo e a possibilidade de juízes e tribunais aplicarem sanções às mesmas, caso cometam ilicitudes.

1 O dever de probidade no processo civil.

Na exposição de motivos do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, ainda em vigor com algumas alterações no que diz respeito ao tema aqui estudado (item 17), o então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid afirma:

[...] posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever de verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça.

Na mesma exposição de motivos (item 18) admite que:

O Projeto consagra o princípio dispositivo (art. 266), mas reforça a autoridade do Poder Judiciário, armando-se de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça (art. 130, III).

Tal postura do legislador brasileiro, que criou mecanismos de combate e repressão à litigância de má-fé, encaixa-se perfeitamente na almejada humanização do processo, tão difundida por estudiosos de todas as partes do mundo.

Há muito tempo têm sido realizados esforços para consagrar esse objetivo. A humanização do processo

foi tema do longínquo I Congresso Internacional de Direito Processual Civil, sob os auspícios do Instituto Internacional de Direito Processual em Gand, Bélgica, de 28.8.1977 a 2.9.1977, cuja convocação proclamava que

[...] em uma sociedade cada vez mais complexa, o direito processual deve poder funcionar de uma maneira mais acessível, humana, rápida e eficaz, para que todo cidadão possa fazer valer seus direitos².

Assim, não é possível um processo rápido, eficaz e barato sem que sejam observados os princípios da lealdade e probidade, pois dessa forma o processo se transformaria numa guerra, num jogo em que prevaleceria o intuito de ludibriar, com evidente prejuízo para a qualidade das decisões judiciais.

O princípio dispositivo não pode consistir em óbice a essa humanização do processo. Algumas legislações vêm ampliando os poderes de atuação do juiz e a doutrina moderna costuma mencionar que no confronto entre os princípios dispositivo e inquisitivo, o primeiro reduz-se apenas à proposição de que o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes².

² BIDART, Adolfo Gelsi. *La humanización del proceso*, *Revista de Processo*, vol. 9, p. 105; GUILLÉN, Victor Fairén. *Revista de Processo* vol. 14/15, p. 142 e 170: defende a humanização das formas processuais através de um iter rápido e barato; da moralidade de juízes e partes, enfatizando os deveres de imparcialidade, probidade e veracidade; da adoção, quanto às provas, das “regras de boa razão”, como máximas de experiência; da ampliação da oralidade como meio moralizador do processo; e como solução imediata, a repressão à imoralidade no processo, com a implantação de um sistema de sanções.

² Nesse sentido, CAPPELLETTI, Mauro. *La Testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, v. I. p. 337; Para MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*. p. 63: “[...] a distribuição das matérias entre o princípio dispositivo e o inquisitivo obedece a esta regra geral: as partes dispõem da matéria a decidir; o juiz decide a forma como será decidida”; Observe-se que o princípio

Esse princípio dispositivo, pelo qual as partes dispõem do direito material, da pretensão a ser veiculada em juízo, não as autoriza a se utilizarem do mesmo como instrumento ilícito ou a agir de forma abusiva, nem impede o juiz de atuar, inclusive oficiosamente, na aplicação de sanções aos litigantes de má-fé³.

Reforça-se, dessa maneira, a concepção do processo como relação de direito público, na qual o juiz

dispositivo sofre ainda maiores restrições quando surge interesse público e estão em jogo direitos indisponíveis.

³ Para Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, somente com a ênfase emprestada aos fins sociais do processo civil, verificada na passagem do século XIX para o século XX, altera-se de modo decisivo o foco de atenção para a importância pública do fenômeno processual, e começam a aparecer os primeiros reflexos concretos de novos estudos propugnando a renovação do método científico e um enfoque mais afim com a idéia de soberania estatal. Ressalta o autor que [...] no plano puramente dogmático o caráter público da função jurisdicional já havia sido ressaltado com a teoria da relação processual de Bülow e da *abstrakte publicistische Klagrecht*, a colocar o escopo do processo na realização da justiça material. O chamamento coercitivo ao processo, concebido por *Degenkolb*, com o seu necessário visio de estatalidade, presta-se ao reconhecimento da instrumentalidade das formas processuais e conseqüente eliminação das supérfluas (*Entformalisierung des Verfahrens*). Assim, na medida em que o processo intensifica sua freqüência, bem preleciona Fritz Baur, apresenta-se como verdadeiro perigo para a comunidade estatal. O poder estatal deve, pois, ter em conta o processo como um fenômeno de massa (*Massenerscheinung*) e nele se engajar de forma ativa, buscando conduzi-lo a uma rápida conclusão com base na verdade, investigada de ofício. Nessa perspectiva, o desenvolvimento do processo não fica à disposição das partes, mas nas mãos do juiz: no temperamento entre o poder do juiz e das partes, a balança inclina-se claramente a favor do primeiro. Por conseqüência, desloca-se também a finalidade do processo civil: a tutela do provável direito do indivíduo não resta desamparada, porém essa tutela não conduz mais à conseqüência processual da indiferença estatal em relação à atividade processual das partes; BAUR, F. *Funktionswandel des Zivilprozess*, In *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht*. p. 179-180 *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Garantia do contraditório*. Garantias constitucionais do processo civil. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 48-49.

desempenha função de importância. Busca-se, assim, fazer com que o juiz ultrapasse a figura de mero árbitro do litígio, com papel decididamente passivo na condução da controvérsia entre os litigantes, expandindo-se ao mesmo passo a natureza pública da finalidade institucional do processo, vislumbrada como realização do direito objetivo por meio de tutela das situações subjetivas das partes.

Persiste a ideia de que a reforma austríaca de 1895, que trouxe à tona a figura do juiz com um papel ativo, contém grandes méritos, já que não mais se admite um juiz que assista passivamente ao desenrolar do processo, devendo participar de forma ativa, merecendo destaque não só o objeto da lide, mas a forma como a mesma se desenvolve.

Dessa forma, o enfoque dado por Klein, vem se centralizar na coletividade, considerando como conflito social mesmo o litígio puramente de caráter privado, a reclamar rápida solução pelo direito positivo, principalmente em vista de seus reflexos gerais sobre a tutela dos interesses do Estado e da sociedade⁴. Ressalte-se a sua concepção do processo civil como *Wohlfahrtseinrichtung*, isto é, como instituição para o bem-estar social, dotada inclusive de efeitos pedagógicos (*erzieherische Wirkung*)⁵.

⁴ Sobre essa visualização do problema, SPRUNG, Rainer. *Le basi del diritto processuale civile austriaco*. *Rivista di Diritto Processuale*, 35, 1979: 24-39, esp. p. 26-7; também GAUL. *Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses*. *Archiv cit.*, p. 47 *apud* CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 50-51.

⁵ F. KLEIN com colaboração de ENGEL, *Der Zivilprozess Österreichs, Neudruck der Ausgabe Mannheim 1927*, Aalen, Scientia Verlag, 1970, p. 186-88 *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Garantia do contraditório*. Garantias constitucionais do processo civil. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 50-51.

Nesse terreno a ideia da oralidade encontra campo fértil, situando-se o debate público e oral em posição central e dominante. O juiz passa a estabelecer uma relação imediata e direta com as partes e as provas, essas livremente apreciadas. Em muito cresce a atividade do órgão judicial, munido de suficientes poderes para a direção material do processo, capazes de garantir sua marcha rápida e regular ⁶.

Interessa-nos um processo e procedimentos onde exista a possibilidade de construção da decisão final através de uma atividade cooperada, em que o diálogo entre juiz e partes e entre elas mesmas seja privilegiado no processo decisório ⁷.

⁶ Assim, é lícito ao juiz, consoante o disposto no § 432 da ZPO austríaca, instruir as partes ignorantes do direito ou não representadas por advogado e aconselhá-las sobre as consequências jurídicas de seus atos ou omissões. Ao presidente do órgão colegiado de primeiro grau, nos termos do § 182, incumbe, na audiência oral, a ativa condução do processo, inclusive na investigação dos fatos da causa. O § 183 mostra-se importante nesse contexto, pois possibilita atuação oficiosa do presidente para intimar as partes a pessoalmente comparecerem na audiência oral, ordenar a apresentação de documentos de interesse para a causa, referidos no curso do processo, ou a requisição de documentos públicos. Faculta-se-lhe determine oficiosamente inspeção judicial e exame pericial, assim como a intimação de pessoas para depor. Os *Motive* esclareciam, contudo, os limites do poder-dever do condutor do processo, dirigido primacialmente à finalidade de explicação e esclarecimento dos fatos da causa; TROLLER, *Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1945, p. 52-4 *apud* OLIVEIRA, *loc. cit.*

⁷ KLEIN, *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse apud* OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 51: “[...] o processo só será racional e conforme à moderna concepção estatal, se a tutela jurídica verificar-se não só com a sentença, mas desde o primeiro passo do procedimento, com outorga de efetiva assistência estatal. Tal não é nenhuma utopia. Precisa-se apenas deixar livre a força vinculante do juiz e colocá-la, como os restantes órgãos estatais, a serviço do direito, do bem comum e da paz social. Pois de tudo isso nos protegem as formas e formalidades do processo [...] A tarefa do juiz, para pronunciar a verdade, é a de investigar conforme a verdade. Pois uma imagem verdadeira e correta é a principal condição de uma sentença justa”.

E só será possível um processo dessa natureza se o Estado-juiz possuir meios de controle e punição para evitar que as partes atuem em dissonância com o princípio da probidade processual⁸.

Assim, uma atuação em desacordo com o princípio da probidade processual compromete não só o que se convencionou chamar de busca da verdade no processo (se é que se pode vislumbrar tal pretensão na atividade decisória) como também a sua efetividade, sendo esse um dos grandes desafios que movem o jurista moderno. Não há como separarmos o direito à jurisdição da tutela judicial efetiva. No direito brasileiro, a mesma está consagrada no art. 5º, inc. XXXV e § 2º da Constituição Federal.

Diante do exposto, constatamos que o combate às atitudes ímprobas é uma necessidade de todos os sistemas jurídicos que pretendem ser efetivos. Esse combate normalmente se dá pela aplicação de sanções a aqueles que praticam condutas em desacordo com esse princípio da probidade.

⁸ Segundo BARBOSA MOREIRA, “uma falsa concepção “liberal”, de marca individualística, em certa fase - talvez não de todo superada - da evolução histórica do direito processual, ofereceu resistência à consagração normativa de imposições que contenham os litigantes nas raias da lealdade e da probidade, bem como à adoção de expedientes idôneos a assegurar, tanto quanto possível, a efetividade do cumprimento desses deveres. Tal resistência vai declinando e tende a desaparecer, na medida em que se firma e se acentua o caráter publicístico do processo (inclusive do processo civil), e correlatamente se reforçam e ampliam os poderes do órgão judicial na respectiva condução. Já não se pretende do juiz que assista, como espectador frio e distante, ao “duelo” das partes; ao contrário, dele se espera atividade eficiente no sentido de que a justiça seja feita. Para tanto, procura a lei ministrar-lhe, entre outros, meios enérgicos de combate à má-fé, à improbidade, à chicana, em suas multiformes manifestações” (BARBOSA MOREIRA, **Tendenzes evolutivas del processo civile**, in Temas de Direito Processual, Sexta série, Saraiva, São Paulo, 1997, p. 15).

2 A variedade de sanções punitivas no ordenamento jurídico brasileiro

As sanções punitivas são muito diversas nos vários ordenamentos. Tais diferenças não dizem respeito somente à natureza dos instrumentos sancionatórios que são empregados, mas também à força das sanções, e, por conseguinte, a sua eficácia na repressão dos comportamentos abusivos.

No já mencionado Congresso realizado pela Tulane University, na cidade de New Orleans, Estados Unidos da América, em outubro de 1998, cujo tema foi Abuso dos Direitos Processuais, onde estiveram presentes representantes de diversos países, foi traçado um perfil multifacetado do disciplinamento da tipificação das hipóteses de improbidade processual e sanções aplicadas nos diversos sistemas jurídicos, chegando o relatório conclusivo a expressar, no que diz respeito às diferenças entre esses ordenamentos, que [...] essas diferenças derivam da interação de diversos fatores, como por exemplo, a variedade da disciplina jurídica do abuso (tais como: cláusulas gerais ou normas específicas), as diferenças de conduta na indicação da responsabilidade (como exemplo: a parte e não o advogado), diferenças no modo de considerar os aspectos subjetivos da responsabilidade (como exemplo: subjetivismo ou objetivismo), o uso de remédios privatísticos (ressarcimento de danos) ao invés de sanções processuais, e assim por diante⁹.

Não podemos deixar de mencionar que são diversas as espécies de sanções (ou mesmo previsão de ressarcimento

⁹ TARUFFO, Michele. *L'abuso del processo: profili comparatistici, Versione italiana della relazione generale presentata al colloquio internazionale sul tema Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness, svoltosi a New Orleans dal 27 al 30 ottobre 1999*. p. 19-20

de danos) existentes no processo civil brasileiro contra a improbidade processual. Identifiquemos algumas¹⁰:

a) a eliminação dos efeitos do comportamento incorreto na medida em que se tenham mostrado capazes de influir no desfecho do processo (na própria ação rescisória ou na proibição do *venire contra factum proprium*);

b) a restrição ou mesmo perda de direitos processuais da parte que se conduziu incorretamente (como a inconstitucional proibição de falar nos autos até a purgação do atentado do art. 881 do CPC ou a perda da possibilidade de recorrer por reiterada interposição de embargos declaratórios protelatórios sem depósito da multa);

b) multas processuais (como a multa dos embargos de declaração protelatórios, a multa do art. 18 do CPC, a multa aplicada por prática do *contempt of court*, as *astreintes* ou aquela multa aplicada em função do descumprimento da sentença condenatória em obrigação de pagar quantia). Observe-se que nesse item teríamos condições de estabelecer uma subclassificação em face das diferenças existentes nos regimes das várias multas previstas no CPC.

c) penas propriamente ditas, como as previstas no art. 347 do Código Penal de 1940, para o crime de fraude processual;

d) a imposição, ao transgressor, da obrigação de reparar, com prestação pecuniária, os prejuízos causados à outra parte, a chamada responsabilidade por dano processual, dos artigos 16 e 18 do CPC, que poderá inclusive contemplar o dano moral sofrido pela parte, por exemplo, em decorrência da indevida demora do processo.

¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Responsabilidade das partes por dano processual. *Revista de Processo*, n. 10, abr/jun. 1983, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983, p. 17-18

Conclusão

Dessa forma, o sistema processual civil brasileiro mostra-se, nos dias de hoje, um dos mais completos do mundo em termos de previsão de sanções punitivas para a prática da improbidade processual. Tais sanções podem ser encontradas em grande número e se enquadram em diferentes modalidades classificatórias, o que demonstra claramente a opção do legislador pela eleição do princípio da probidade processual como indispensável à condução de um processo judicial efetivo. Resta-nos somente aplicar tais sanções, até porque caracterizada a prática da ilicitude é dever do julgador fazê-lo.

Referências

BIDART, Adolfo Gelsi. *La humanización del proceso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 9.

CAPPELLETTI, Mauro. *La Testimonianza della parte nel sistema dell'oralità...v. 1*.

DEL CARRIL, Julio J. Lopez. *La condena en costas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUILLÉN, Victor Fairén. La humanización del proceso: lenguaje, formas, contacto entre los jueces y las partes desde Finlandia hasta Grécia. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol 14/15, 1979.

MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*, 1º vol., Lisboa: AAFDL, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Responsabilidade das partes por dano processual. In: *Revista de Processo*. n. 10. abr/jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Temas de direito processual*, 3ª série, São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendenze evolutive del processo civile. *Temas de Direito Processual*, 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Garantia do contraditório*. Garantias constitucionais do processo civil. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. TUCCI, José Rogério Cruz e. (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TARUFFO, Michele. *L'abuso del processo: profili comparatistici. Versione italiana della relazione generale presentata al colloquio internazionale sul tema Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness, svoltosi a New Orleans dal 27 al 30 ottobre 1999.*

VAZ, Teresa Sapiro Anselmo. Novas tendências do processo civil no âmbito do processo declarativo comum (alguns aspectos), Lisboa: ROA, II, 1995.

Direito do consumidor – acidente de consumo, algumas considerações práticas

Luiz Mário de Góes Moutinho¹

Resumo: Analisa-se no trabalho a responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviços pelos vícios dos bens colocados e fornecidos no mercado, com destaque para o acidente de consumo. Inicia-se com a orientação hermenêutica do sistema legal de defesa dos consumidores e, em seguida, traça-se a distinção entre a responsabilidade pelo fato dos bens de consumo e pelos vícios nos produtos e serviços, para, só então, interpretar as regras que regulam a responsabilidade no caso de acidente. Ao final, examina-se a legalidade e a necessidade de se antecipar os efeitos da tutela nos Juizados Especiais, como forma de garantir a adequada e a efetiva reparação dos danos causados à pessoa do consumidor.

Palavras-chave: Consumidor. Responsabilidade. Vício. Acidente.

Sumário: Introdução. 2 Artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor – Uma ‘bússola’ hermenêutica. 3 Responsabilidade pelo fato e pela inadequação dos bens de consumo - uma análise comparativa. 4 Acidente de Consumo – uma sugestão hermenêutica. 5 Antecipação da Tutela nos Juizados Especiais – um imperativo legal. Conclusão.

Abstract: The work analyzes the liability of suppliers of products and services for defects of

¹ Juiz de Direito. Professor de Direito do Consumidor do Espaço Jurídico e do Instituto de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento Jurídico - IDAJ. Ex-Diretor Regional do Instituto Brasileiro de Política de Defesa do Consumidor – Brasilcon.

goods delivered and placed on the market, focusing on the accident of consumption. Starts with the hermeneutical approach on the legal system of consumer protection and then shows up the distinction between the responsibility due to the facts of consumption goods and the defects on products and services, for only then, interpret the rules that governs the liability in case of accident. At the end, it examines the legality and necessity of anticipate the effects of custody in the Special Courts, as a mean of ensuring an adequate and effective compensation for damage caused to the individual consumer.

Key words: Consumer. Responsibility. Defects Accident.

Introdução

A sociedade atual é marcada pelo consumo, cujos bens – produtos e serviços – são produzidos em escala, colocados em massa no mercado e cada vez mais avançados tecnologicamente.

Essa realidade tem demonstrado um crescimento dos riscos à vida, à saúde e à segurança dos consumidores, de modo a exigir uma adequada interpretação e aplicação das normas protetivas daqueles sujeitos.

Entretanto, a experiência forense revela que os operadores do direito nem sempre assim agem, trazendo consequências indesejáveis para os participantes das relações de consumo.

Não são raras as decisões judiciais que aplicam ao acidente de consumo normas que dizem respeito à responsabilidade pelos vícios existentes nos referidos bens.

Verifica-se, também, que alguns operadores têm mutilado uma das principais ferramentas da concretização

da Política Nacional das Relações de Consumo, os juizados especiais cíveis.

Alguns magistrados, equivocadamente, não admitem a antecipação dos efeitos da tutela nos processos com trâmite naquelas unidades judiciárias, postura que frustra direitos básicos dos vulneráveis, especialmente a prevenção e a reparação de danos.

Esse cenário revela a necessidade de se analisar, mais detidamente, os princípios que norteiam as normas que regulam as relações jurídicas de consumo. É o que se fará a seguir, priorizando, sempre que possível, o exame prático de algumas situações concretas.

1 Artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor – uma ‘bússola’ hermenêutica

A Constituição Federal, em seu pétreo artigo 5º, inciso XXXII, estabelece o marco da política pública de proteção e defesa do consumidor.

A eficácia do dispositivo constitucional depende da edição de lei, cujo prazo para sua elaboração e o seu nome foram definidos pelo constituinte, no art. 48 do ADCT.

O Código de Defesa do Consumidor², constituído por regra e princípios de natureza pública e interesse social³, é, em verdade, um microssistema que regula relações jurídicas individuais e coletivas de

² A Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, foi publicada em 11 de setembro de 1990 e entrou em vigor 6 meses após (art. 118, do CDC).

³ Vide artigo 1º do CDC.

consumo⁴, além de estabelecer parâmetros éticos para o mercado de consumo.

A Lei 8.078/90 trata de todas as relações cujos elementos se amoldem ao previsto nos seus artigos 2º e 3º, sem prejuízo de também incidir sobre outras reguladas por lei específica como, por exemplo, os contratos de assistência à saúde⁵, em razão do disposto no seu artigo 7º, que enumera as fontes do Direito do Consumidor. O código, portanto, se comunica com referidas leis, independentemente da identidade de hierarquia.⁶

O artigo 4º do CDC tem um papel orientador na aplicação adequada do sistema legal de defesa do vulnerável. A exata compreensão – sentido e alcance – do dispositivo é fundamental para a solução adequada dos conflitos de consumo. A norma jurídica referida se classifica⁷ como uma norma-objeto⁸ porque define os objetivos e estabelece as balizas da política pública a que se refere, dirigindo-se, portanto, a todos os poderes – Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário – que no

⁴ Vide artigos 6º, inciso VI e 81 do CDC.

⁵ Lei 9.656/98.

⁶ A redação do parágrafo único do artigo 7º assemelha-se a do § 1º do artigo 25. Os dois dispositivos estabelecem a responsabilidade solidária dos fornecedores como regra. A diferença reside no fato de que o parágrafo único do artigo 7º regula para além do CDC, quando utiliza a expressão ‘normas de consumo’, enquanto o § 1º do artigo 25 regula para dentro da Lei 8.078/90, na medida em que se refere às suas seções.

⁷ Várias são as espécies de normas jurídicas, princípios, que têm a função primeira de estabelecer o sentido e alcance das regras jurídicas, além de dar harmonia ao sistema jurídico; regras jurídicas, que atribuem direitos subjetivos às pessoas; regras estruturais ou de organização, que não atribuem direito subjetivo, mas organizam pessoas e órgãos e regras-objetivo, que traçam políticas públicas no plano infraconstitucional.

⁸ Observe-se que o *caput* do artigo 4º diz expressamente: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem **por objetivo** ...”

exercício de suas atribuições constitucionais devem observar os princípios ali previstos, sempre no sentido de proteger o consumidor e concretizar o fundamento do respeito à dignidade da pessoa humana⁹, quando aquele for ente natural.

Todas as regras jurídicas de consumo que atribuem direitos subjetivos ao vulnerável e dever para o fornecedor, trazem, no seu âmago, as ideias que inspiram os princípios expressos nos incisos do artigo 4º da Lei n. 8.078/90.

Tome-se, a título de exemplo, o direito básico do consumidor à proteção à vida, à saúde e à segurança quanto aos riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos, (CDC, art. 6º, inciso I).

Não há dúvida de que o direito basal referido contempla, simultaneamente: o princípio da vulnerabilidade¹⁰, previsto no artigo 4º, inciso I; o princípio da garantia de qualidade dos bens de consumo, estampado na alínea 'd', do inciso II, do mencionado artigo e o princípio do equilíbrio entre consumidores e fornecedores, escrito no artigo 4º, inciso III, parte final.

O direito básico à informação adequada e clara sobre produtos e serviços, previsto no artigo 6º, inciso III, da Lei 8.078/90, abriga os princípios da lealdade, da transparência e da boa-fé, previstos, respectivamente, no *caput* do artigo 4º e na parte final do inciso III deste.

A possibilidade de modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, outro direito básico do consumidor, previsto na primeira parte do inciso V, do artigo 6º, tem como pares genéticos o

⁹ Vide artigo 1º, inciso III, da CF/88.

¹⁰ O princípio da vulnerabilidade do consumidor constitui a pedra de toque do Direito do Consumidor.

princípio da função social do contrato, o princípio da harmonização dos interesses dos sujeitos da relação de consumo e o princípio da equidade, dispostos no artigo 4º, inciso III.

Os poucos exemplos aqui mencionados revelam que o operador do direito, ao solucionar um conflito de consumo, deve ter como norte interpretativo e ponto de partida, os princípios que se encontram no artigo 4º em comento, sem prejuízo, evidentemente, de outros princípios de natureza constitucional e infraconstitucional. Não deve perder de vista o sentido protetivo das normas de consumo, determinado pelo inciso XXXII, do artigo 5º, da CF/88, sob pena de incorrer em grande equívoco, pois, como se sabe, a desobediência de um princípio é mais grave do que a inobservância de uma regra.

2 Responsabilidade pelo fato e pela inadequação dos bens de consumo - uma análise comparativa

Toda responsabilidade pressupõe o descumprimento de um dever jurídico. Em se tratando de relação de consumo, os fornecedores têm a obrigação de colocar no mercado de consumo produtos e serviços com padrões de qualidade, de durabilidade, de segurança e de desempenho.¹¹ O fornecimento de bens de consumo sem tais atributos consiste em desobediência de preceito legal.

A Lei n. 8.078/90 é estruturada de modo a proteger a personalidade do sujeito vulnerável, sua vida, sua saúde, sua dignidade, seu bem estar e sua qualidade de vida, assim como, o seu patrimônio.¹²

¹¹ Vide alínea 'd', inciso II, artigo 4º, do CDC.

¹² Vide artigos 4º, *caput*; 6º, incisos I e VI; 8º; 9º; 10; 12; 14; 18; 19; 20; 51, dentre outros.

Nesse sentido as regras insertas nas seções I e II, do Capítulo IV, do CDC, intitulado “Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos”, têm por objetivo, respectivamente, prevenir e reparar danos causados à pessoa do consumidor por bens viciados. Já a proteção do patrimônio se dá por meio de várias regras. Para o tema em exame, destacam-se as normas previstas na Seção III, “Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço”.

Não raro, operadores do direito aplicam os dispositivos referentes à responsabilidade pelo fato do bem de consumo, constantes da Seção II, para solucionar conflitos que se referem à responsabilização pelos vícios existentes nos produtos ou serviços, e vice e versa.

Portanto, para não se equivocar na aplicação do direito e solução adequada dos conflitos indenizatórios, deve se ater à órbita de interesse protegida, se o dano se refere à pessoa ou ao seu patrimônio.¹³

O erro de percepção do fato conflituoso tem consequências práticas relevantes; uma delas diz respeito

¹³ Oportuno registrar que o CDC é estruturado de modo a proteger a pessoa do consumidor, as expressões de sua personalidade, dignidade, vida, saúde, intimidade, bem estar etc... e o seu patrimônio. Nestes termos, quanto à proteção da pessoa do vulnerável, destaca-se o respeito a sua dignidade, sua saúde, sua segurança e a melhoria de sua qualidade de vida. No que tange à proteção do patrimônio, o *caput* do artigo 4º também é expresso quando diz: “a política nacional das relações de consumo tem por objetivo [...] a proteção de seus interesses econômicos”. Outras regras do CDC revelam o delineamento das duas órbitas de interesse protegidas pela lei. No artigo 6º, inciso VI, por exemplo, o legislador não deixa qualquer dúvida: “constitui direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação dos danos morais e patrimoniais.” Ainda a título de exemplo, o inciso I, do mencionado artigo, diz respeito à proteção da pessoa do consumidor, enquanto os incisos IV e V referem-se à proteção do patrimônio do vulnerável.

aos responsáveis pela reparação do dano. Em se tratando de responsabilidade pelo fato do produto, os principais e solidários responsáveis são o fabricante, o produtor, o construtor e o importador, nos termos do artigo 12, respondendo subsidiariamente o comerciante, em razão do artigo 13.

Na responsabilidade pelo vício existente no produto, o comerciante é solidariamente responsável com os demais fornecedores que integram a cadeia produtiva - fabricante, produtor, construtor e importador, artigo 18.

Outro efeito prático da inadequada interpretação da responsabilidade dos fornecedores diz respeito ao prazo decadencial e prescricional, previstos, respectivamente, nos artigos 26 e 27.

O artigo 26 da Seção III, do Capítulo IV trata da responsabilidade pelo vício nos produtos e serviços, cuja órbita de interesse protegida é o patrimônio do consumidor. Já o artigo 27 do CDC, Seção II, do mesmo capítulo, visa proteger a sua integridade física e psíquica.

Assim, quando o fato conflituoso diz respeito ao acidente de consumo o prazo é prescricional, de 05 (cinco) anos, artigo 27, e, quando se refere aos vícios no produto ou no serviço, o prazo é decadencial, de 30 (trinta) dias, se o bem é durável, ou, de 90 (noventa) dias, se não durável, artigo 26.

Para melhor ilustrar, tome-se como exemplo um veículo novo que colide em razão da falha do freio, importado por pessoa diversa da montadora, provocando danos físicos e psíquicos na pessoa do consumidor, além dos danos materiais no automóvel.

Nesse caso, apenas a montadora e o importador do freio viciado respondem solidariamente pelas lesões físicas e psíquicas do consumidor, enquanto a concessionária onde o veículo foi adquirido não é obrigada a

indenizar tais títulos. A sua responsabilidade só se estabelece nos casos taxativamente enumerados nos incisos I a III, do artigo 13, o que não é a hipótese.

Contrariamente, todos os fornecedores que compõem a cadeia econômica, montadora, importador dos freios e concessionária são solidariamente responsáveis pela reparação dos danos verificados no veículo.

Como se vê, a adequada análise das regras sobre a responsabilidade dos fornecedores é fundamental para correta solução dos conflitos.

3 Acidente de Consumo – uma sugestão hermenêutica

O Código de Defesa do Consumidor visa, em última análise, a garantir juridicamente as expectativas dos consumidores, manifestadas sob vários aspectos¹⁴.

Em se tratando de acidente de consumo – na linguagem da lei, responsabilidade pelo fato do produto e do serviço – os artigos insertos na Seção II, do Capítulo IV, da Lei 8.078/90, destinam-se à proteção da pessoa do consumidor, dos bens jurídicos relacionados com a sua personalidade, e não do seu patrimônio. Tanto é assim, que o *caput* dos artigos 12 e 14, responsabilizam as pessoas ali enumeradas pelos danos causados aos consumidores¹⁵ e os parágrafos 1º se referem à segurança:

¹⁴ Chega-se a tal conclusão a partir da leitura da alínea ‘d’, do inciso II, do artigo 4º. Outras regras existentes no CDC também demonstram a proteção da expectativa de segurança dos consumidores, como, por exemplo, a primeira parte do artigo 8º.

¹⁵ Os artigos 26 e 27 do CDC, que estabelecem o prazo decadencial e prescricional, respectivamente, são prova de que os artigos 12 e 14 cuidam da proteção da pessoa do consumidor e não de seu patrimônio. O último dispositivo, artigo 27, aplica-se exclusivamente à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. O prazo nele

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a **segurança** que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a **segurança** que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: (grifou-se)

A proteção da personalidade do vulnerável e de sua expectativa de segurança constitui o sentido e alcance das normas em comento.

Mas, como identificar técnica e objetivamente as expectativas de segurança de uma pessoa, diante da individualidade que caracteriza cada ente humano? Como mitigar o subjetivismo do operador na aplicação de uma norma de conteúdo indeterminado? A resposta está na própria lei.

O intérprete deve iniciar a sua atividade a partir do inciso I, do artigo 6º, assim redigido:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados **perigosos ou nocivos**.(grifou-se).¹⁶

Em seguida, voltar-se ao exame do disposto no artigo 8º, segundo o qual:

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os

estabelecido é de 5 anos, superior ao prazo de 30 ou de 90 dias previsto no artigo 26, exatamente em razão da relevância do bem jurídico a que se refere, pois, cuida da pessoa, do sujeito de direito e não dos seus bens materiais.

¹⁶ Idéia de periculosidade.

considerados **normais e previsíveis** em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as **informações** necessárias e adequadas a seu respeito. (grifou-se)

O ideal de segurança absoluta imaginado pelo legislador e exposto na primeira parte do artigo 8º, não corresponde aos fatos da vida, pois, todo bem de consumo, produto e serviço, traz em si uma carga de periculosidade, por mais inofensivo que possa parecer. Tal característica das coisas não as torna, por isso, viciadas ou defeituosas¹⁷.

Para que um bem de consumo seja considerado defeituoso é preciso que a sua periculosidade, em relação à coisa, seja anormal ou imprevisível para o sujeito ou que o fornecedor não preste as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

A partícula “ou” indica que, faltando quaisquer dos pressupostos, o bem de consumo é defeituoso,¹⁸ tem vício que se refere à segurança do consumidor.

A lei traz, ainda, alguns parâmetros para o exame de cada um dos elementos caracterizadores do defeito.

A normalidade da ofensividade do produto ou do serviço é, em regra, objetiva e de fácil identificação. É comum que uma faca corte, que um medicamento produza efeitos colaterais, que um veneno possa matar. Não obstante, o intérprete, ao analisar tal requisito, no caso concreto, deve levar em consideração a época em que ele foi colocado no mercado.

A razão é evidente. O avanço tecnológico produz coisas e atividades mais seguras, porém, tal fato não torna defeituosas as até então produzidas. A expectativa do

¹⁷ Defeito é sinônimo de insegurança, na linguagem do 1º dos artigos 12 e 14 do CDC

¹⁸ Vide §§ 1º dos artigos 12 e 14 do CDC.

consumidor, em análise, é aquela do momento em que o bem foi colocado no mercado.

Desconsiderar o momento em que o bem de consumo foi colocado no mercado impedirá o avanço das pesquisas e da tecnologia, pois, transformará em perigosos antigos bens, o que não é possível, diante do princípio da harmonização dos interesses dos vulneráveis com aquele desenvolvimento, inciso III, do artigo 4º.

O mencionado princípio da harmonização imanta os dispositivos transcritos a seguir:

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, **levando-se em consideração as circunstâncias relevantes**, entre as quais: [...] III - **a época em que foi colocado em circulação**. [...] § 2º **O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.**

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, **levando-se em consideração as circunstâncias relevantes**, entre as quais: [...] III - **a época em que foi fornecido**. [...] § 2º **O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.** (grifou-se)

Depois de examinar a **normalidade** do potencial ofensivo, o intérprete deve voltar-se ao exame da **previsibilidade** por parte do consumidor quanto aos riscos.

O exame do aludido elemento subjetivo é determinado nos incisos II¹⁹, parágrafos 1º^{os}, dos artigos 12 e

¹⁹ “Art. 12 (...). § 1º (...). II - o uso e os **riscos** que **razoavelmente** dele se **esperam**”. “Art. 14 (...). § 1º (...). II - o resultado e os **riscos** que **razoavelmente** dele se **esperam**”.

14, na medida em que constitui uma das circunstâncias relevantes a serem verificadas pelo julgador.

No exame do aludido requisito, no caso concreto, o intérprete deve adequar a vítima do acidente a um padrão abstrato de homem médio comum prudente, excluindo os extremos de cautela exagerada e de irresponsabilidade.

A informação é o último requisito a ser examinado e está prevista nos artigos 8º e 9º e incisos I, dos parágrafos 1ºs, dos artigos 12 e 14.

Importante ressaltar que os artigos 8º, 9º e 10, do CDC, cuidam de distintos níveis de periculosidade. No primeiro dispositivo o poder de dano do bem de consumo é normal; no segundo, é potencial; e no último, é de alto grau.

O nível de perigo determina a **ostensividade** da informação. A razão é simples: preservar a expectativa do consumidor, pois a ignorância é a mãe da surpresa e quanto maior o conhecimento menor é o espanto.

Assim, a normalidade do risco (art. 8º) exige apenas o necessário esclarecimento a respeito, enquanto que a ofensividade potencial (art. 9º) impõe que a informação seja evidenciada, ostensiva.

O alto grau de perigo torna inócuo qualquer esclarecimento do consumidor. Neste caso, o produto e o serviço não podem ser colocados ou oferecidos no mercado de consumo e, se já o foram, devem ser recolhidos ou suspenso o seu fornecimento.

A informação deve ser sempre adequada, ou seja, o fornecedor deve observar o espectro do público que consome o bem ofertado. Quanto mais amplo e heterogêneo for o universo de consumidores maior e mais diversificada deve ser a linguagem utilizada: escrita, figurativa, técnica e coloquial.

Tome-se como exemplo um herbicida que é utilizado por agrônomos e rurícolas. Além das informações técnicas escritas, a embalagem deve conter símbolos que demonstrem a necessidade do uso de equipamentos de segurança, que o produto pode matar, que não deve ser inalado.

No exemplo dado, a utilização de linguagem técnica ou simplesmente escrita revela-se desconforme ao público alvo daquele bem, fato que atinge a previsibilidade dos consumidores sem formação técnica e/ou analfabetos, quanto aos riscos a que estão submetidos e frustra a expectativa de segurança no caso de dano à sua pessoa.

O vício de insegurança do bem de consumo até aqui examinado, constitui o fato gerador do dano alegado pela vítima do acidente.

Assim, depois de se certificar da existência da lesão na pessoa do consumidor e de se analisar e reconhecer a existência do vício, o intérprete deve se voltar para o conhecimento da relação de causa e efeito entre eles.

O nexos de causalidade está previsto no *caput* dos artigos 12 e 14, na medida em que as pessoas ali referidas – fabricante, produtor, construtor, importador e prestador de serviço – respondem pelos danos **causados** pelo defeito.

Concluindo o intérprete que há dano e defeito, mas que não existe um liame de causa e efeito entre eles, não há que se falar em responsabilidade dos fornecedores.

Nessa hipótese, o eventual dano pode ter decorrido de caso fortuito, de força maior, de culpa exclusiva da vítima ou de terceiros, fatos que desobrigam a pessoa a quem se atribui a responsabilidade, parágrafos 3^{os}, dos artigos 12 e 14.

A ausência de defeito também exclui a responsabilidade dos fornecedores, inciso I, dos aludidos

parágrafos, porque importa reconhecer que o suposto ofensor não desobedeceu nenhum dever legal, que constitui o pressuposto de toda obrigação de indenizar.

Pela mesma razão, falta de descumprimento de obrigação imposta por lei, o fornecedor de produto ou serviço não tem responsabilidade se demonstrar que não o colocou no mercado ou que não prestou a atividade, ainda que o bem seja defeituoso, em razão do previsto nos incisos II, dos parágrafos 3º, dos artigos 12 e 14, que devem ser lidos em conjunto com a primeira parte do artigo 8º.

Só a culpa exclusiva da vítima exonera o fornecedor. Se ficar provado que o bem tem um vício de segurança e que ele, de alguma forma, foi causa do dano, ainda que minimamente, haverá obrigação de indenizar. Porém, o grau de culpa da vítima influi na fixação da indenização²⁰.

A culpa exclusiva de terceiro é outra causa que afasta a obrigação de reparação dos danos, contudo, é preciso que o fornecedor não participe de nenhuma forma para o evento danoso. No caso de furto de produtos defeituosos, por exemplo, o fabricante só não será obrigado a indenizar se ele provar que tomou todos os cuidados para que o bem não fosse colocado no mercado.

Importante destacar que, terceiro, para fins de excludente, é aquele que não faz parte da cadeia de produção ou do fornecimento do serviço. Não é terceiro e pode ser solidariamente responsabilizado a pessoa que direta ou indiretamente participa da colocação do bem defeituoso no mercado de consumo²¹.

²⁰ Há entendimento doutrinário de que a indenização, neste caso, é integral, em razão da expressão ‘efetiva’, prevista no inciso VI, do artigo 6º, da idéia de que a indenização deve ser integral, nos termos dos artigos 25 e 51, inciso I, todos do CDC.

²¹ A solidariedade referida tem base no § 1º, do artigo 25, do CDC.

Por fim, cumpre esclarecer que no acidente de consumo a responsabilidade, como regra, é objetiva, pois, decorre do risco intrínseco da atividade desenvolvida pelos fornecedores referidos nos artigos 12 e 14. As discussões sobre, diligência e/ou prudência, são absolutamente estéreis.

Há no CDC uma única exceção à responsabilidade objetiva, § 4º, do artigo 14, que trata do serviço prestado pessoalmente pelos profissionais liberais.

A exceção reside no fato de que a expectativa dos consumidores dos serviços prestados por estas pessoas, de regra, reside nos meios a serem por elas empreendidos para alcançar o resultado, que pode ou não acontecer, por circunstâncias imprevisíveis ou inevitáveis.

Portanto, a obrigação assumida pelos profissionais liberais são de meio e não de resultado, a exemplo do que acontece com o tratamento médico, no qual o médico não pode garantir a cura do enfermo. A responsabilidade nesses casos pressupõe a análise do cuidado empreendido pelo profissional, na prudência e perícia com que desenvolveu sua atividade. Em última análise, no exame da culpa.

Ressalte-se que o § 4º alude à responsabilidade pessoal do profissional liberal, expressão que impede que esse fundamento seja estendido para o hospital, pois, como toda regra de exceção, deve ser interpretada restritivamente. O estabelecimento responde objetivamente pelos danos decorrentes do erro do seu médico empregado, enquanto este responde subjetivamente.

Por fim, merece destaque a regra do artigo 17, que também protege as vítimas dos acidentes de consumo, ainda que elas não se enquadrem no conceito legal de consumidor, previsto no artigo 2º. A equiparação revela que a lei 8.078/90 trouxe novos parâmetros éticos para o

mercado de consumo, não se limitando a regular relações jurídicas individuais.

Em linhas gerais, entende-se ser esta a adequada interpretação dos princípios e regras previstas no Código de Defesa do Consumidor referentes ao acidente de consumo.

4 Antecipação da tutela nos juizados especiais – um imperativo legal

Depois de uma breve análise sobre a responsabilidade dos fornecedores, urge examinar um aspecto processual específico relacionado àqueles direitos: a antecipação dos efeitos da tutela em sede de juizados especiais cíveis.

A experiência forense tem demonstrado que alguns magistrados não admitem a antecipação dos efeitos da tutela em sede de juizado especial.

A medida de urgência, em se tratando de conflito de consumo, é um imperativo e não uma faculdade do julgador. Tome-se como exemplo a seguinte situação: um consumidor tem o fornecimento de energia de sua casa de praia suspenso pelo suposto inadimplemento de uma fatura no valor de R\$ 10,00 (dez reais), que foi paga no vencimento, resultando ainda, no lançamento do nome do usuário no cadastro de proteção ao crédito.

A causa é de menor complexidade, pois se resume à verificação do pagamento da conta. Negar ao consumidor a antecipação dos efeitos da tutela nesta situação impõe ao jurisdicionado a solução de uma causa simples na justiça comum. Obriga-o a contratar um advogado particular e a pagar custas processuais, diante da presunção de que não se trata de uma pessoa pobre na forma da lei.

Na prática, o consumidor não ingressará com a competente ação, pagará novamente a fatura para não se privar do uso do seu patrimônio, promovendo ganho indevido por parte da companhia.

A toda evidência, a recusa de antecipação de tutela neste caso privilegia o instrumento em detrimento do direito material. Frustra a pétrea proteção constitucional dada ao consumidor, artigo 5º, XXXII. A interpretação dada acaba por excluir da apreciação do Judiciário ameaça ou lesão a direitos, não obstante o disposto no inciso XXXVI, daquele artigo.

O tempo razoável de duração do processo, artigo 5º, inciso LXXVIII, é outro direito atingido pela leitura equivocada das regras processuais. As pessoas têm a opção de escolher a jurisdição especial ou a comum para solucionar os seus conflitos de menor complexidade²². Com a recusa indevida em apreciar a antecipação dos efeitos da tutela nos juizados especiais cíveis, o Estado-juiz acaba por retirar o subjetivo direito constitucional do vulnerável ver o seu interesse de menor complexidade solucionado pela via procedimental adequada.

Os consumidores têm o direito à **efetiva** prevenção e reparação dos danos materiais e morais, nos termos do art. 6º, VI, da Lei n. 8.078/90. Para tanto, a lei atribui ao juiz poder-dever de adotar todas as ações necessárias, artigo 83, regra que não tem o mesmo sentido e o alcance do revogado art. 75 da Lei n. 3.071/16, segundo a qual “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. O texto do artigo 83, inclui todas as medidas judiciais capazes de propiciar sua **adequada** e efetiva tutela.

Procedimento e causa devem guardar relação de proporcionalidade. Impor indiretamente a solução de um

²² Vide artigo 98, inciso I, da CF/88.

conflito simples na jurisdição comum é uma inadequada medida e, como tal, contrária ao disposto no cogente artigo 83.

O CDC e o CPC trazem regras semelhantes de antecipação dos efeitos da tutela. A regra protecionista é mais simples, exige do magistrado apenas o exame de dois pressupostos: relevância do fundamento e justificado receio de ineficácia do provimento final, enquanto o código de ritos pressupõe a demonstração da prova inequívoca da verossimilhança das alegações e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, além da reversibilidade dos efeitos do provimento final eventualmente antecipados.

A especialidade da Lei 8.078 impõe sua preferência. A simplicidade do § 3º, do artigo 84, e a indeterminabilidade de seu conteúdo revela a ampliação do poder do magistrado, que deve interpretar em conjunto com o artigo 83 e no sentido de proteger o consumidor.

Importante destacar, não há qualquer incompatibilidade entre o disposto no § 3º, do artigo 83 e os princípios norteadores da Lei n. 9.099/95, notadamente, a simplicidade, a informalidade e a celeridade.²³

Alguns acreditam, equivocadamente, que a agilidade dos juizados torna desnecessária a antecipação. Contudo, a experiência tem demonstrado que os processos demoram tempo superior ao desejado pelo legislador. Ainda que a realidade fosse outra, entre a propositura da ação e julgamento definitivo do processo medeia um lapso de tempo no qual o direito do autor pode sofrer dano irreparável, impondo-se a necessidade de medidas de preservação.

A inexistência de recurso para corrigir eventual equívoco do provimento liminar não serve de argumento. A antecipação é deferida em favor de quem tem probabilidade de

²³ Vide artigo 2º da Lei 9.099/95.

sucesso na demanda. Não admitir a medida em sede de juizado é privilegiar aquele que não tem o melhor direito.

A situação é ainda mais grave quando o consumidor é idoso e o bem jurídico protegido se refere a sua personalidade, vida, saúde. Nestes casos, está se atingindo o fundamento da República, a razão de ser do próprio Direito: servir com justiça ao ente humano.

Conclusão

Conclui-se que as relações de consumo são reguladas pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, diploma legal de ordem pública e interesse social, cujos efeitos dos princípios e regras ultrapassam os seus limites, lançando luzes sobre leis esparsas que tratam de relações de consumo específicas, constituindo o seu artigo 4º um vetor interpretativo de todo o sistema legal de proteção dos vulneráveis.

A preservação das legítimas expectativas dos consumidores constitui o principal objetivo das normas de consumo.

A proteção preventiva e reparatória da pessoa do consumidor contra bens de consumo perigosos ou nocivos constitui direito básico daquele e o CDC é estruturado de modo a garantir tal expectativa de segurança.

Tem-se verificado que operadores do direito confundem a proteção da pessoa do consumidor com a do seu patrimônio, promovendo resultados indesejáveis.

Os juizados especiais constituem importante instrumento para efetivação dos direitos do consumidor. A admissão da antecipação dos efeitos da tutela em tais unidades judiciárias é um imperativo legal e constitui medida necessária e adequada para a concretização da defesa estatal dos sujeitos vulneráveis.

A união homoafetiva no Direito das Famílias contemporâneo. Aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais

Maria Auri Alexandre Ribeiro¹

Sumário: Introdução. 1 Mudanças de paradigmas no Direito das Famílias: do tradicional ao contemporâneo. 2 União estável e união homoafetiva. 2.1 A união homoafetiva no vigente século se assemelha ou é análoga à união estável. 2.2 A União homoafetiva é entidade familiar. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente trabalho visa abordar de forma clara e sistemática as questões atinentes à união homoafetiva no Direito das Famílias contemporâneo. O objetivo é destacar os aspectos legais, doutrinas modernas e grandes avanços jurisprudenciais, notadamente a tendência do cenário, que é, em curto prazo, solucionar e reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, mormente em respeito ao sobreprincípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Resume: Cette étude aborde de manière claire et systématique les questions relatives à l'Union Homoaffective dans le cadre du Droit des Familles contemporain. L'objectif est de mettre en relief les aspects légaux, les doctrines modernes et les grandes avancées de la Jurisprudence, notamment la tendance du scénario actuelle qui vise à court terme à reconnaître l'Union Homoaffective comme entité familiale, se réclamant du Principe Supérieur de la Dignité de la Personne Humaine CF, art, 1º , III).

¹ Juíza Titular da 1ª Vara de Sucessões e Registro Públicos da Capital.

Mots-clef: Union Homoaffective, Droit des Familles contemporain, Entité Familiale. Dignité de la Personne Humaine.

Palavras-chave: União homoafetiva. Direito das Famílias contemporâneo. Entidade familiar. Dignidade da pessoa humana.

Introdução

À partida, etimologicamente, a palavra família veio do sânscrito, para a língua latina, lembrando Sá Pereira que, o radical *fam* corresponde àquele outro *dhā*, da língua ariana, que dá a idéia de fixação, ou de coisa estável, tendo da mudança do *dh*, em *f*, surgido, no dialeto do Lácio, a palavra *faama*, depois, *famulus* (servo) e finalmente família, esta última a definir, inicialmente, o conjunto formado pelo *pater familias*, esposa filhos e servos. A família é uma sociedade natural, porque preexistente ao direito, mas se funda no casamento. No direito romano, a família era o conjunto de pessoas sob o poder de um *pater familias*. Este não era, necessariamente, pai biológico, mas chefe, líder, guia, de modo que um impúbere ou celibatário podia ser *pater*. A família romana tinha base patriarcal, tendo o *pater familias* o *dominium in domo* em caráter vitalício. Submetiam-se à *patria potesta* do *pater familias* na *domus*: a) a *mater familias* ou mulher casada sob o poder marital (*manus*); b) o *filius familias* e a *filia familias*, nascidos do casamento do *pater* ou por este adotados; c) os descendentes do *filius familias* e a mulher deste, *cum manu*; d) os escravos e as pessoas em *mancipio*, assemelhadas aos escravos. Há, portanto, sensível diferença entre a família romana e a família moderna: consistia a primeira no conjunto de indivíduos colocados sob a *patria potesta* de chefe. A *patria potestas* não acabava pelo casamento dos filhos, pois estes,

independentemente de idade ou estado civil, continuavam a pertencer à família do chefe. Daí o grande número de integrantes da família romana².

Pois bem, a Constituição Federal, nos seus arts. 5º, I, e 226, garante, indubitavelmente, uma visão pluralista e aberta das famílias, culminando com o declínio do patriarcalismo, prevalecendo, necessariamente, a igualização de direitos entre homens e mulheres e, sobretudo, o respeito à dignidade da pessoa humana, independentemente de opção sexual.

A família foi, é e será o núcleo básico, estruturante e essencial, da sociedade.

Hodiernamente, com o amadurecimento e avanços naturais, perderam forças, tradicionais institutos jurídicos, dogmas e preconceitos, abrindo portas à valorização e ao respeito às pessoas, indistintamente.

Não obstante, a sociedade, no que pese ainda fortes resistências, principalmente de cunho religioso e discriminatório, a doutrina e jurisprudências modernas, têm evoluído em prol do estabelecimento e construção de famílias de diferentes formas. Diga-se: casamento, sexo e reprodução não são mais as vigas-mestras das famílias, ou seja, o matrimônio não é mais o que dá legitimação à sexualidade e, sequer é imprescindível o sexo para reprodução, mormente com o avanço da engenharia genética (direito de quarta geração), aliado à previsão art. 1.597, incisos III, IV e V, do Código Civil.

Logo, a pessoa humana é o fim almejado pela tutela jurídica e não o meio.

No que tange ao instituto da união homoafetiva, no vigente século, se assemelha ou é análoga à união estável? E mais: a união homoafetiva é entidade familiar?

² ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004. p. 637

Tais questionamentos e outros pontos pertinentes ao Direito das Famílias, sem, contudo, visar exaurir o tema proposto, serão abordados no presente ensaio de forma clara e objetiva, principalmente discorrendo sobre seus aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais.

1 Mudanças de paradigmas no Direito das Famílias: do tradicional ao contemporâneo

O Direito de Família é o mais humano de todos os direitos. Acolhe o ser humano desde nascituro (art. 2º, do CC) – frise-se antes do nascimento –, por ele zela durante a vida e cuida de suas coisas depois de sua morte, também por meio do direito de sucessões. Procura dar-lhe proteção e segurança, rege sua pessoa, insere-o em uma família e assume o compromisso de garantir a sua dignidade. Também regula seus laços amorosos para além da relação familiar. Essa série de atividades nada mais significa do que o compromisso do Estado de dar afeto a todos de forma igualitária, sem preconceitos e discriminações.

Nota-se que vínculos afetivos não é uma prerrogativa da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à solidão.

Desse modo, mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito. A lei corresponde sempre ao congelamento de uma determinada realidade de modo que a família juridicamente regulada nunca é multifacetada como a família natural. Esta preexiste ao Estado e está acima do

direito. As modificações da realidade acabam se refletindo na lei, cumprindo assim sua vocação conservadora. A família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento.

O intervencionismo estatal levou à instituição do casamento: convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar, e não de grupos outros ou de indivíduos em si mesmos. A sociedade, em determinado momento histórico, instituiu o casamento como regra de conduta. A interferência estatal nos elos da afetividade é que leva o legislador a dedicar um ramo do Direito à família.

O Código Beviláqua de 1916 regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Originalmente, trazia uma visão de família, limitada ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos.

Vê-se, também, que a evolução pela qual passou a família acabou forçando sucessivas alterações legislativas. A mais expressiva foi o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962), que lhe devolveu a plena capacidade e lhe deferiu bens reservados, que asseguravam a propriedade, exclusivamente, sobre bens adquiridos com o fruto de seu trabalho.

Entretanto, a instituição do divórcio (EC n. 9/1977 e Lei n. 6.515/1977) acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia de família como instituição sacralizada. O surgimento de novos paradigmas –

quer pela emancipação da mulher, quer pela descoberta dos métodos contraceptivos e pela evolução da engenharia genética – dissociaram os conceitos de casamento, sexo e reprodução. O moderno enfoque dado à família volta-se muito mais à identificação do vínculo afetivo que enlaça seus integrantes.

Tenha-se presente que a Constituição Magna de 1988, num único dispositivo, afastou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher, e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, à união estável entre o homem e a mulher, à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações.

O novel Código Civil procurou atualizar os aspectos essenciais do Direito de Família, incorporando as mudanças legislativas que haviam ocorrido por meio de legislação esparsa, apesar de ter preservado a estrutura do Código anterior. Alguns avanços foram significativos, pelo que corrigiu alguns equívocos e incorporou orientações pacificadas pela jurisprudência.

Esclareça-se que transcorridos quase 100 (cem) anos entre os dois códigos, período em que grandes foram as transformações sociais, principalmente no âmbito da família, talvez o maior mérito da atual Lei Substantiva Civil em relação ao direito de família, tenha sido afastar uma terminologia discriminatória, que estava entranhada na lei, não só com relação à mulher, mas também em relação à família e à filiação.

Assim, comparando a família no CC/1916 e a família na CF/88 e no CC/02, segue quadro esquemático e comparativo sintetizado por Cristiano Chaves de Farias³

Família no CC/1916	Família na CF/1988 e no CC/2002
Matrimonializada	Pluralizada
Patriarcal	Democrática
Hierarquizada	Igualitária substancialmente
Heteroparental	Hetero ou homoparental
Biológica	Biológica ou sócio-afetiva
Unidade de produção e reprodução	Unidade sócio-afetiva
Caráter institucional	Caráter instrumental

No entanto, como a Constituição Federal de 1988 determina uma nova direção aos juristas, observando que a nova ordem jurídica tem que ser a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade social e a erradicação da pobreza (art. 3º) e a igualdade substancial (arts. 3º e 5º), o Direito de Família ganhou novos ares. A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é igualitária, democrática e plural (não mais necessariamente casamentária), protegendo todo e qualquer modelo de vivência afetiva, compreendida como estrutura sócio-afetiva, forjada em laços de solidariedade⁴.

Nesta ótica, não é despidendo registrar a lúcida dicção de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

O transcurso histórico na família no Brasil revela aspectos que permitem, entre continuidade e ruptura, estrutura e conjuntura, permanência e

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 11.

⁴ FARIAS, *loc. cit.*

mudança, vislumbrar a emergência do fenômeno da simultaneidade familiar como dado socialmente relevante, cuja repercussão no sistema jurídico se faz sentir por meio de demandas que, na porosidade do sistema aberto, se impõem perante o direito, desafiando seus estudiosos e operadores assumirem uma postura apta a – a partir da problematização formulada em concreto – encetar possibilidade de respostas a essas demandas.⁵

A família constitucionalizada representa mudança paradigmática, na medida em que foi alterado o modo de se pensar o Direito de Família: a noção jurídica a respeito da família se abre para a apreensão dos fenômenos sociais, abandonando o instituto da exclusão operada pelo modelo único para se render à abertura da concepção plural⁶.

Dentro dessa concepção, imperioso destacar a inegável existência de uniões homoafetivas, ou seja, uniões de pessoas do mesmo sexo, que são uma realidade e ainda não receberam adequada regulamentação legal.

Como diz Maria Berenice Dias: “A omissão é injustificável!”⁷.

2 União estável e união homoafetiva

De proêmio, eis a dicção dos artigos 1.723 ao 1.726, da Lei n. 10.406/02 – Novo Código Civil:

⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 167.

⁶ Idem, p. 234.

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 76.

Art. 1.723. **É reconhecida como entidade familiar a união estável** entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros **obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.**

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, **o regime da comunhão parcial de bens.**

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.(grifos nossos)

A união estável é a relação convivencial *more uxorio*, que pode ser convertida em casamento, ante a ausência dos impedimentos do art. 1.521 do Código Civil, visto que as causas suspensivas arroladas no art. 1.523 não impedem sua caracterização. Reconhecida como entidade familiar, consiste numa convivência pública entre homem e mulher livres, contínua e duradoura, constituindo uma família. Assim, solteiros, viúvos, separados judicialmente, ou de fato, e divorciados poderão constituir união estável, por força do § 1º do art. 1.723⁸.

Para o professor Cristiano Chaves de Farias (2008, p. 390), a partir do § 3º do art. 226, da Carta Cidadã,

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1194.

é possível visualizar a união estável, também chamada de companheirismo, como uma situação de fato existente entre duas pessoas, de sexos diferentes e desimpedidas para casar, que vivem juntas, como se casadas fossem (convivência *more uxorio*), caracterizando um entidade familiar.

Prossegue o referido autor, aduzindo que a união estável se trata, em verdade, de um casamento de fato, efetivando a ligação entre um homem e uma mulher, fora do casamento, merecedor de especial proteção do Estado, uma vez que se trata de fenômeno social natural, decorrente da própria liberdade de autodeterminação de uma pessoa livre que opta por viver uma união livre. Assim sendo, a união estável nada mais é do que o velho concubinato puro, caracterizado pela constituição da família de fato por pessoas que, até poderiam casar, mas optam por viver juntas sem solenidades legais.

No magistério de Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 538/540), vários são os requisitos ou pressupostos para a configuração da união estável, desdobrando-se em subjetivo e objetivo. Podem ser apontados como de ordem subjetiva os seguintes: a) convivência *more uxório*; b) *affectio maritalis*: ânimo ou objetivo de constituir família. E, como de ordem objetiva: a) diversidade de sexos; b) notoriedade; c) estabilidade ou duração prolongada; d) continuidade; e) inexistência de impedimentos matrimoniais; e f) relação monogâmica.

A Constituição Federal no seu art. 226, § 3º, ao elencar as entidades familiares, faz referência ao casamento, à união estável entre homem e mulher e à família monoparental. Ao não regulamentar as uniões homossexuais, considera-as inexistentes, em total incoerência com os princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade. Para suprir este vácuo bastaria que ao se referir à união estável, em vez de restringi-la a um

homem e uma mulher, utilizasse a expressão: entre duas pessoas. É o que basta. Com isso findaria a cruel discriminação à parcela da população que vive à margem do sistema jurídico⁹.

Pontifica Maria Berenice Dias¹⁰, que a cada dia são noticiados avanços nesse sentido, em todo o mundo civilizado. Inúmeros países vêm inserindo as uniões homossexuais no âmbito do conceito de família, o que as coloca ao abrigo do direito sucessório. Quer admitindo o casamento, quer denominando as uniões de outras formas, a verdade é que os avanços são grandes. A omissão da legislação pátria afronta escancaradamente um punhado de princípios constitucionais: de respeito à dignidade, da liberdade e da igualdade, para citar alguns.

Ad argumentandum tantum, já que se está vivendo a era dos direitos humanos, o silêncio do legislador não pode significar inexistência de direito. Diante da lacuna da lei e em face da proibição de o juiz se omitir de julgar (LICC, art. 4º), diferentes, conflitantes e contraditórias têm sido as soluções ditadas pelos tribunais, ainda que invocando os mesmos princípios constitucionais. As decisões polarizam-se entre: as que negam serem as uniões homossexuais merecedoras de consideração pelo direito; e as que aplicam as normas referentes à sociedade de fato, ao casamento ou à união estável. Há decisões para todos os gostos. Ora é reconhecida a impossibilidade jurídica do pedido, ora a união homoafetiva é identificada como sociedade de fato, e poucas vezes é chamada de união estável.

Dentro deste encarte, passo, sinteticamente, a discorrer sobre os dois questionamentos abaixo esposados:

⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 76.

¹⁰ DIAS, *loc. cit.*

2.1 A união homoafetiva no vigente século se assemelha ou é análoga à união estável?

O Superior Tribunal de Justiça, a despeito de não haver reconhecido expressamente a união estável homoafetiva, considerou-a análoga à união estável entre pessoas de sexos diferentes, fazendo incidir a norma inserta no art. 4º da LICC, a fim de dispensar tratamento igualitário, em termos patrimoniais, às relações heterossexuais e homossexuais:

[...] o TSE (REspe 24.564/PA), entendeu que o relacionamento homossexual estável gera a inelegibilidade prevista no Art. 14, § 7º, da CF. É que, à semelhança do casamento, da união estável e do concubinato presume-se na relação homoafetiva o forte laço afetivo, que influencia os rumos eleitorais e políticos. Por isso, o TSE atestou a existência duma "união estável homossexual"¹¹.

Transcrevo a seguir a ementa do REspe n. 24.564/PA a que se referiu o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros:

REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 238.715/RS. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: R.P.C. e outros. Relator: Humberto Gomes de Barros. Brasília, 02 de outubro de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199901042828&dt_publicacao=02/10/2006>. Acesso em: abril de 2009.

se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.
Recurso a que se dá provimento.

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, já teve oportunidade de se manifestar a respeito desse tema quando assim decidiu:

EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURIDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURIDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (ART.226,PARAGRAFO 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF.

[...] Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades

autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas¹².

Por sua vez, o INSS, motivado pela Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0¹³, editou a Instrução

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 3.300/DF. Requerente: Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo e outro. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=29&dataPublicacaoDj=09/02/2006&numProcesso=3300&siglaClasse=ADI&codRecurso=0&tipoJulgamento=MC&codCapitulo=6&numMateria=7&codMateria=2>>. Acesso em: abril de 2009.

¹³ RIO GRANDE DO SUL. 3ª Vara Federal Previdenciária da Seção Judiciária de Porto Alegre – Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Instituto Nacional do Seguro Social. Julgador: Juíza Simone Barbisan Fortes. Porto Alegre, RS, 14 de janeiro de 2002.

Normativa 25¹⁴, que estabelece os "procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual". O ato permite a concessão de pensão por morte ou auxílio-reclusão ao companheiro ou companheira homossexual. Já é clara a relevância dessa relação afetiva no Direito Previdenciário.

A professora Maria Berenice Dias afirma:

[...] não demorou a justiça a abandonar a analogia e reconhecer as uniões homoafetivas como união estável. Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem. Mister identificá-la como união estável¹⁵.

2.2 A União homoafetiva é entidade familiar?

Ainda que a Constituição Federal tenha se omitido quanto às uniões homoafetivas, não há como deixá-

Disponível em:
<http://www.jfrs.jus.br/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=200071000093470&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&todaspartes=S&selForma=NU&todasfases=S&hdnRefId=87bbc744451aacbb8db63748de180bad&txtPalavraGerada=HnPM>. Acesso em abril de 2009.

¹⁴ BRASIL. Ministério da Previdência e Assistência Social. Instituto Nacional do Seguro Social. Instrução Normativa n. 25, de 7 de junho de 2000. Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual. Brasília, DF, 8 de junho de 2000. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/INSS-DC/2000/25.htm>>. Acesso em abril de 2009.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 79.

las fora do atual conceito de família. Como sustenta Paulo Lôbo, a referência constitucional é uma norma de inclusão, que não permite deixar tais relacionamentos ao desabrigo do conceito de família, que dispõe de um significado plural. A diversidade de sexo e a capacidade procriativa não são elementos essenciais para reconhecer a entidade familiar como merecedora de especial tutela do Estado. O moderno enfoque dado à família volta-se muito mais à identificação do vínculo afetivo que aproxima seus integrantes, do que à identidade sexual de seus membros¹⁶

Desse modo, emerge, pois, que a Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha), que criou mecanismos para coibir violência doméstica, ao meu sentir, ampliou o conceito de entidade familiar ao reconhecer como família a relação íntima de afeto independentemente de orientação sexual. Assaz elucidativo o que dispõem os artigos 2º e 5º, inciso III, e parágrafo único da norma em relevo:

Art. 2º Toda mulher, **independentemente** de classe, raça, etnia, **orientação sexual**, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (grifei)

Art. 5º [...]

III - **em qualquer relação íntima de afeto**, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. (grifei)

Parágrafo único: **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.** (grifei)

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 77.

Ensina Maria Berenice Dias¹⁷ que as uniões homoafetivas não mais podem ser reconhecidas como sociedades de fato, mas entidades familiares, sob pena de se negar vigência à lei federal supracitada.

Continua a autora dizendo: a realidade demonstra que a unidade familiar não se resume apenas a casais heterossexuais. As uniões homoafetivas já galgam o *status* de unidade familiar¹⁸.

Assevera, a propósito, o professor Cristiano Chaves de Farias:

[...] o fundamento primário das uniões homoafetivas (tal qual qualquer outra entidade familiar) é o afeto. Dividem-se alegrias, tristezas, sexualidade, afeto, solidariedade, amor, enfim, projetos de vida. Por isso, não é crível, nem admissível, que lhes seja negada a caracterização como entidade familiar¹⁹.

Em lado diametralmente oposto, giza Áurea Pimentel Pereira:

[...] que óbice irremovível existe para vê-las reconhecidas como entidades familiares. Em tal tipo de convivência, contudo, levando em conta a sua tipicidade, nem mesmo quando duradoura, poderá ser vista como caracterizadora de existência de união estável, prevista no § 3º do art. 226 da CF e nos artigos 1.723 a 1.726 do Estatuto Civil Pátrio em vigor. É que a união estável – consoante se encontra expressamente estabelecido na Carta Política de 1988 – há de pressupor o relacionamento afetivo estabelecido entre um homem e uma mulher, tendo por objetivo a constituição de uma entidade familiar,

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 77.

¹⁸ _____. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 191.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 54.

em condições de vir a ser, no futuro, convertido em casamento, situação, evidentemente, impossível de ser concebida no caso de união de duas pessoas do mesmo sexo, notadamente levando em conta as rígidas regras de formação moral, em que se encontra alicerçada a família brasileira²⁰.

Data venia, não comungo com o respeitável entendimento da ilustre Desembargadora acima citada, entendendo que malgrado não tenha a Constituição de 1988, tratado da união estável homoafetiva, referido diploma, por outro lado, foi claro quando apregooou os princípios da liberdade, da igualdade (não-discriminação) e da dignidade da pessoa humana, os quais devem prevalecer sobre a literalidade do art. 226, da CF.

Ademais, a lacuna existente em nossa legislação não pode servir como óbice para o reconhecimento de um direito, não havendo, portanto, obstáculo irremovível àquele reconhecimento, até porque à época em que entrou em vigor a atual Constituição, há quase 20 (vinte) anos, creio não tenha o legislador tido essa preocupação, o que cede espaço para aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. De mais a mais, a Constituição não é um conjunto de regras, mas um conjunto de princípios, aos quais se devem afeiçoar as próprias normas constitucionais, por uma questão de coerência.

Conclusão

A toda evidência, e como explicitado na introdução, este trabalho não teve a pretensão de exaurir o tema proposto e, sequer, acirrar os já calorosos e pertinentes

²⁰ PEREIRA, Áurea Pimentel. *União Estável – doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 181-182.

avanços a respeito, ou trazer novidades solucionadoras dos problemas, mas discorrer de forma clara e concisa sobre alguns aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema em questão.

É grande, pois, o debate no tangente à regulamentação da união homoafetiva, não existindo nada em nosso ordenamento jurídico que discipline os direitos advindos dessa relação que a cada dia se torna mais notória. Contudo, não se pode deixar de enxergar a existência de uma situação de fato a reclamar tratamento jurídico.

Neste panorama, temos que a família no novo milênio é pluralizada, democrática, igualitária substancialmente, hetero ou homoparental, biológica ou sócio-afetiva, além de ter o caráter instrumental. Sobretudo é pautada em princípios constitucionais norteadores e específicos, dentre outros: igualdade entre homens e mulheres; igualdade entre os filhos; e planejamento familiar e paternidade responsável.

Como vimos, a proteção do núcleo familiar tem como ponto de partida e chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob o pretexto de garantir a proteção familiar²¹.

A família, ao se converter em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendências se enquadram no fenômeno jurídico-social da repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da reificação da

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 702.

pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência do direito²²

De mais a mais, a análise percuciente dos dispositivos descritos nos artigos 226 *usque* 230 da Constituição nos conduzem a concordarmos com a perspicaz lição de Gustavo Tepedino:

[...] a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros²³.

Deveras, considerando que o hodierno Direito de Família é pautado no afeto, ética, solidariedade e dignidade humana e diante da ausência de proibição legal, comungo com a posição do STJ e da doutrina moderna, porquanto entendo que a união homoafetiva merece proteção jurídica e é análoga à união entre pessoas de sexos diferentes, com espeque no art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, sendo, todavia, entidade familiar, inclusive faz jus à pensão por morte e aos devidos direito sucessórios, cujo regime aplicável é o da comunhão parcial de bens (art. 1.725 CC).

Neste diapasão, caso o Poder Constituinte Derivado queira solucionar o problema de forma expressa, pondo fim à cruel discriminação à parcela da população que vive à margem do sistema jurídico, suprimindo o vácuo injustificável e incoerente na atualidade, em razão das vigas-mestras da dignidade humana, igualdade e liberdade, aliadas à crescente mudança de paradigmas, prevalecendo a família aberta e pluralizada, bastaria adotar a pertinente proposta de

²² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 11.

²³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 421.

Maria Berenice Dias²⁴, de alterar o art. 226, § 3º da Constituição Federal, sugerindo que na união estável, ao invés da referência a um homem e uma mulher, seja utilizada a expressão entre duas pessoas.

Importante frisar que com o possível caráter de emenda constitucional dado aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos com o advento da EC n. 45/2004 (art. 5º, § 3º) e o reconhecimento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do *status* de supralegalidade (RE n. 466.343 SP e Informativo n. 531), assim como com as sinalizações positivas do STF e STJ transcritas no presente trabalho, conjuntamente com a ampliação do conceito de entidade familiar firmado pela Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) nos seus artigos 2º e 5º, inciso III, e parágrafo único, decisões de diversos tribunais estaduais da Federação, doutrinas modernas e outros grandes avanços, e, sobretudo, diante da natureza de sobreprincípio que é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), por decorrência lógica a tendência do cenário é, a curto prazo, solucionar a questão da união homoafetiva.

Por fim, anote-se que, ao se conferir à união homoafetiva o *status* de entidade familiar, não se estaria caminhando para o fim da instituição família, mas, sim, para a sua adequação aos anseios de uma nova sociedade, mais justa, mais igualitária e menos preconceituosa. É dizer, conferir à união homoafetiva o caráter de entidade familiar não se trata de reconhecer a degradação da família, mas sim, a sua inevitável transformação.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 76.

Referências

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *União Estável – doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Cumprimento de sentença condenatória de obrigação pecuniária: seu procedimento

Ricardo de Oliveira Paes Barreto¹

Sumário: Introdução. 1 Títulos executivos judiciais: adequação ao procedimento. 2 Cabimento na execução provisória: regra comum. 3 O prazo quinquenal para pagamento: sua fluência. 4 Cumprimento da obrigação pelo devedor: necessidade de contraditório. 5 Mora do devedor: momento do pedido executivo. 6 Pedido de cumprimento de sentença: sua competência. 7 Legitimação: os titulares da relação executiva. 8 Postulação: desnecessidade de novo instrumento procuratório. 9 Chamamento do devedor: oportunidade de contraditório. 10 Sucumbência: princípio da causalidade no cumprimento de sentença. 11 Satisfação do crédito: oportunidade de liquidação da obrigação devida.

Resumo: O art. 475-J do CPC estabelece regra para o cumprimento de sentença de cunho obrigacional pecuniário, para pagamento por particular, sem, contudo, especificar detalhes procedimentais que vêm sendo construídos pela doutrina e pela jurisprudência, elementos que serão objeto de apreciação em breves linhas neste estudo.

Palavras-chave: Execução. Sentença. Pecuniária.

Abstract: The article 475-J of the Brazilian Civil Procedural Code establishes the rule for the fulfilling of the judicial sentence involving

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Mestre em Direito Público pela UFPE. Professor de Direito Processual Civil. Diretor do Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

pecuniary obligations, for payment by a private entity, without specifying procedural details that have been constructed by doctrine and jurisprudence, elements that will be object of appreciation in the present study.

Key words: Execution. Sentence. Pecuniary.

Introdução

O art. 475-J do CPC, introduzido pela Lei n. 11.232/05, vigente desde junho de 2006, alterou sensivelmente o procedimento da execução por quantia pecuniária contra particular, não sendo aplicável a condenações contra a fazenda pública, que continua afeta ao comando do art. 730 do CPC. Não deixa claro, entretanto, a utilização das regras processuais para sua efetivação.

Assim dispõe o artigo em referência:

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

§ 2º Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo.

§ 3º O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados.

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.

§ 5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte.

Via de regra, a execução deixou de ser feita através de processo autônomo, *stricto sensu*, e passou a constituir mais uma fase do processo denominado sincrético, *lato sensu*, ou seja, em vez de instaurar uma nova relação processual, mediante ação de execução, o credor deverá peticionar nos próprios autos, mediante ação executiva, requerendo o cumprimento da obrigação pecuniária declarada na sentença ou no acórdão. Isso se houver contumácia do devedor, que poderá ser o autor, o réu, ou mesmo terceiro estranho à relação processual de conhecimento.

A nova legislação é estabelecida para fortalecer a fase de satisfação do crédito em tese devido, porém o mencionado dispositivo não especifica com clareza: quais os títulos executivos judiciais que se submetem a este regime de cumprimento; se ele tem cabimento na execução provisória; quais os termos inicial e final para o depósito voluntário pelo devedor, sob pena de multa; se incide verba de sucumbência; e a questão da intertemporalidade, dentre outros aspectos, deixando muitas dúvidas.

Passa-se a analisar essas questões como forma de contribuir para a unificação dos procedimentos em benefício da solução dos casos concretos em tempo razoável.

1 Títulos executivos judiciais: adequação ao procedimento

O cumprimento de sentença pecuniária, ou execução pecuniária *lato sensu*, só terá cabimento, primeiro quando o obrigado ao pagamento for pessoa física ou jurídica particular e, segundo, quando fundado em título executivo judicial constante de:

- a) sentença obrigacional pecuniária cível, nacional ou estrangeira homologada, regular ou homologatória, inclusive se apenas em relação à verba de sucumbência (art. 475-N, incs. I, III e V do CPC);
- b) sentença obrigacional pecuniária arbitral (art. 475-N, inc. IV, do CPC);
- c) sentença penal condenatória em pecúnia (art. 475-N, inc. II, do CPC), e/ou
- d) título monitório aceito (art. 1.102-C do CPC).

A depender do título executivo, teremos um procedimento específico a ser trilhado visando a satisfação da obrigação declarada.

2 Cabimento na execução provisória: regra comum

O § 1º do art. 475-I e o *caput* do art. 475-O, ambos do CPC, especificam que a execução provisória da sentença, que é aquela submetida a recurso sem efeito suspensivo, far-se-á, no que couber, nos mesmos moldes que a execução definitiva, exigindo, entretanto, prestação oportuna de caução pelo exequente.

Esta caução, que deve ser suficiente e idônea, tem por finalidade exatamente custear eventuais perdas e danos que possa sofrer o executado no caso de provimento do recurso, mesmo que em parte, sendo objeto de alienação

se o exequente não promover a restituição pecuniária do benefício indevidamente obtido, no prazo fixado pelo juiz da causa.

Pois bem, caberia o pedido de cumprimento de sentença submetida a recurso sem efeito suspensivo, depois de decorrido o prazo de 15 (quinze) dias estipulado pelo legislador para pagamento voluntário?

Seria razoável esta admissão se não há certeza quanto à existência do débito, então submetido a recurso, e que poderá ser declarado insubsistente, mesmo que em tese?

Depois de muito amadurecer sobre este tema, hoje entendo ser plenamente cabível a aplicação da regra do art. 475-J do CPC na execução provisória de sentença.

Nessa linha, confirmam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, destacada a parte que interessa ao tema:

Tratando-se de execução provisória, com intimação do devedor por nota de expediente ao seu procurador, possível a incidência da multa apenas quanto à diferença dos valores não depositados espontaneamente (No AI 70026499509, 20CC, Rel. Des. Rubem Duarte, julgado em 29/09/2008).

O art. 475-O do Código de Processo Civil estabelece que execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, no que couber. Assim, intimado o devedor a realizar, em 15 dias, o pagamento da quantia a que foi condenado, na forma do art. 475-J, do Código de Processo Civil, nada impede a incidência da multa prevista no mencionado dispositivo legal, para o caso de descumprimento (No AI 70025906728, 10CC, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, julgado em 29/08/2008).

Do termo inicial para pagamento, como veremos mais adiante, terá o devedor o prazo de 15 (quinze) dias para depósito da quantia declarada provisoriamente como devida.

Superado o prazo sem pagamento voluntário, poderá o credor, consoante previsão do inc. I do art. 475-O do CPC, peticionar nos autos requerendo o seguimento da execução em seus ulteriores termos, sendo certo que, para levantamento da quantia depositada, para adjudicação ou para alienação de bens penhorados, necessária se fará a prestação de caução suficiente e idônea, como anteriormente especificado.

3 O prazo quinquenal para pagamento: sua fluência

O prazo fixado no *caput* do art. 475-J do CPC, de 15 (quinze) dias, é de direito material e não de direito processual, de modo que o mesmo fluirá a partir do dia seguinte da data que a quantia declarada se torne exigível, definitiva ou provisoriamente, mesmo que o dia não seja útil.

Se a execução é *lato sensu*, nos próprios autos, fundada em interlocutória que definiu a liquidação, sentença ou acórdão cível, ou título monitório aceito, o prazo para cumprimento voluntário flui independentemente de intimação, com contagem de prazo de direito material.

Se a execução é *stricto sensu*, autônoma, fundada em sentença penal condenatória, arbitral ou estrangeira homologada, o prazo flui da juntada do mandado de citação aos autos, conforme parágrafo único do art. 475-N do CPC, com contagem de prazo de direito processual, ou seja, a partir do primeiro dia útil.

Teremos, portanto, as seguintes hipóteses de fluência do prazo quinquenal para pagamento:

- I- do trânsito em julgado da sentença declaratória obrigacional ou condenatória pecuniária cível líquida;
- II- do trânsito em julgado da decisão interlocutória que definir o valor da liquidação da sentença cível, penal ou arbitral ilíquida;
- III- do trânsito em julgado da sentença que julga parcialmente procedente ou improcedente os embargos monitórios, pelo valor reconhecido como devido;
- IV- do prazo de 15 (quinze) dias para pagamento voluntário na ação monitória, quando contumaz o devedor,
- V- da data do protocolo do recurso sem efeito suspensivo, na execução provisória, ou,
- VI- da juntada do mandado de citação na execução *stricto sensu*.

4 Cumprimento da obrigação pelo devedor: necessidade de contraditório

Caso o devedor (ainda não executado) pretenda pagar a quantia declarada como devida no prazo, deverá peticionar nos autos discriminando todas as verbas que compõem o valor depositado através da guia bancária própria a ser juntada com esta petição aos autos.

Nessa discriminação deverá constar o principal, a correção monetária e seus índices, os juros legais e seu índice, custas processuais, honorários advocatícios e demais despesas, com a indicação do total, que corresponderá ao valor do depósito.

Se o devedor pretender impugnar a execução, deverá requerer expressamente seu intento e pedir a lavratura do termo de penhora, para que, de sua intimação, possa fluir o prazo para impugnação, como prevê o § 1º do

art. 475-J do CPC, conforme orientação jurisprudencial seguinte:

Considerando que o depósito de valores foi realizado para a garantia do juízo, com expresse intuito de oferecimento de impugnação a execução, mostra-se impositiva a feitura do respectivo termo de penhora e a intimação do devedor para, a partir daí, fluir o prazo para o oferecimento de impugnação. Inteligência do art. 475-J, § 1º, do Código de Processo Civil (AI 70026300202, TJRS, 18CC, Rel. Des. Nelson José Gonzaga, julgado em 25/09/2008).

Caso contrário, tendo o devedor a intenção de apenas liquidar o valor devido, com a petição nos autos, sem necessidade de lavratura de termo de penhora, deverá o juiz dar a oportunidade para o credor falar sobre o depósito em 5 (cinco) dias, cabendo a este:

- a) aceitar a quantia por completo, expedindo-se alvará para levantamento do depósito, com o consequente arquivamento do processo, ou
- b) aceitar a quantia como liquidação parcial, expedindo-se alvará para levantamento do depósito, devendo discriminar na sua petição em que consiste o erro no cálculo do devedor, para que o juiz possa decidir se há, ou não, saldo a pagar, sendo certo se for encontrado saldo, sobre este incidirá a multa no percentual de 10% (dez por cento), na forma do art. 475-J, § 4º, do CPC.

Se o juiz não viabilizar o contraditório e determinar a imediata expedição de alvará, caberá ao credor, se for o caso, apontar a existência de erro no depósito efetuado, apresentando seu cálculo de impugnação. Nada o impede, entretanto, de levantar a quantia depositada como pagamento parcial fazendo constar a ressalva do vício existente, pois o silêncio implicará na aceitação da quantia e sua consequente liquidação.

5 Mora do devedor: momento do pedido executivo

Outra questão controvertida no tema é se o credor pode peticionar e requerer a execução antes mesmo da fluência do prazo de 15 (quinze) dias para pagamento voluntário pelo devedor.

Da dicção do *caput* do art. 475-J do CPC penso que só após a fluência do prazo fixado para pagamento é que o devedor está constituído em mora para fins executivos por parte do credor, gerando interesse executivo ao credor legitimado.

Este prazo, que era de 24 (vinte e quatro) horas, foi ampliado para que o devedor possa buscar a quantia devida e promover o depósito dentro do prazo, sem incidência da multa legal.

6 Pedido de cumprimento de sentença: sua competência

A competência para o pedido de cumprimento de sentença está prevista no art. 475-P do CPC:

Art. 475-P. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

I - os tribunais, nas causas de sua competência originária;

II - o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição;

III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira.

Parágrafo único. No caso do inciso II do *caput* deste artigo, o exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

São variadas as competências, a depender do título executivo judicial a ser executado.

Se o título judicial for um acórdão originário de determinado tribunal, a competência para a execução será monocrática do relator do processo.

Caso o título judicial seja sentença cível, a critério exclusivo do credor, o pedido de cumprimento, inclusive se provisório, poderá ser requerido: perante o mesmo juízo sentenciante; ou, conforme o parágrafo único acima transcrito, perante o juízo do local onde se encontram bens do devedor passíveis de penhora; ou do seu atual domicílio; e, sendo vários os devedores, perante qualquer dos locais onde se encontram seus bens ou qualquer de seus domicílios, configurando, aqui, mais uma exceção ao princípio da perpetuação da jurisdição, previsto no art. 87 do CPC.

Embora já tenha encontrado quem defenda a possibilidade de tornar a execução itinerante, penso só ser cabível a modificação da competência uma única vez, até porque recepcionada a petição com o pedido de cumprimento da sentença, com os documentos necessários para aferição de sua adequação, caberá ao novo juízo oficiar ao juízo sentenciante solicitando a remessa dos autos, que, após anotações de baixa, deverá determinar a remessa para autuação perante o novo juízo, seguindo-se os ulteriores atos processuais executivos *lato sensu*.

Importante salientar que o novo juízo deverá, de logo, dar início à execução, determinando a expedição do mandado conjunto de penhora e avaliação, independentemente da chegada dos autos do juízo de origem.

Se a sentença for penal condenatória, a execução deverá ser processada perante a mesma jurisdição, porém no juízo cível e, se acórdão criminal

condenatório, perante o juízo cível da comarca da sede do tribunal.

Se a sentença é arbitral nacional, o foro competente para a execução será o eleito pelos celebrantes do contrato que prevê a provocação do juízo arbitral e, não havendo, vale a regra geral do domicílio do devedor, ou de qualquer deles, se forem mais de um.

Caso a sentença seja arbitral ou cível estrangeira, inicialmente deverá ser providenciada sua homologação perante o STJ e, depois de obtido o *exequatur*, o pedido executivo deverá ser processado perante a Justiça Federal do domicílio do devedor, ou de onde se encontrem seus bens.

7 Legitimação: os titulares da relação executiva

A legitimação executiva ativa está prevista nos arts. 566 e 567 do CPC:

Art. 566 - Podem promover a execução forçada:

I - o credor a quem a lei confere título executivo;

II - o Ministério Público, nos casos prescritos em lei.

Art. 567 - Podem também promover a execução, ou nela prosseguir:

I - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo;

II - o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos;

III - o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.

O credor originário será aquele declarado na sentença ou no acórdão, e havendo litisconsórcio, qualquer

dos credores poderá reclamar do devedor, ou devedores, a dívida como um todo, na forma do art. 268 do CC.

O Ministério Público será legitimado quando titular da ação, como substituto processual, ou ainda quando fiscal da lei, na hipótese de inércia do titular da ação, nos termos do art. 15 da Lei n. 7.345/85.

O art. 567 do CPC estabelece os legitimados ativos derivados, exigindo do novo credor além do cálculo discriminatório, prova de sua condição de titular do crédito, sob pena de rejeição liminar do pedido executivo.

O espólio deverá juntar prova de abertura do inventário e do termo de inventariança; o cessionário, prova do instrumento de cessão, aqui dispensada aquiescência do devedor; e o subrogado deverá indicar o dispositivo de lei que o fez novo credor ou juntar prova da subrogação materializada, confira-se aresto jurisprudencial adiante transcrito:

Fiadora que pagou integralmente a dívida. Sub-rogação legal. O inciso III do art. 567 do CPC confere ao sub-rogado legal (art. 985 do CC) ou convencional (art. 986 do CC) legitimidade para propor o processo de execução. Cabe-lhe, apenas, demonstrar a existência, validade e eficácia da sub-rogação, o que, no caso concreto, resulta evidenciado pela juntada do contrato de locação (AC 70004880969, TJRS, Rel. Des. Genacéia da Silva Alberton, julgado em 10/12/2002).

Já a legitimidade passiva é apontada no art. 568 do CPC:

Art. 568 - São sujeitos passivos na execução:

I - o devedor, reconhecido como tal no título executivo;

II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor;

- III - o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo;
- IV - o fiador judicial;
- V - o responsável tributário, assim definido na legislação própria.

O devedor originário é aquele declarado na sentença ou no acórdão.

Havendo crédito de espólio, caberá ao credor habilitar seu crédito no inventário, para pagamento oportuno quando da partilha, suspendendo-se a execução, caso já iniciada.

O novo devedor, que é o cessionário do débito, deverá fazer prova da cessão do débito, como também da anuência do credor, sem a qual a titularidade passiva não será transferida para o novo devedor.

O fiador judicial é aquele que assumiu no processo, e não no contrato, responsabilidade solidária com o devedor originário de pagamento por perdas e danos então suportadas pelo credor.

O responsável tributário é aquele declarado na legislação tributária, em seus arts. 134 e 135 do CTN:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

- I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;
- II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;
- III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;
- IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;
- V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Nos casos do art. 134 do CTN, a legitimação passiva para a execução decorre da solidariedade estabelecida por lei. Nas hipóteses do art. 135 do mesmo Código é que propriamente incide o artigo 568, inc. V, do CPC, admitindo-se execução contra os responsáveis tributários, ainda que seus nomes não constem da certidão de inscrição em dívida ativa executada.

8 Postulação: desnecessidade de novo instrumento procuratório

O instrumento procuratório que instruiu a petição inicial da ação tem eficácia plena para fins executivos na fase de cumprimento de sentença, sendo, portanto, desnecessária nova procuração, exceto se os poderes da procuração inaugural estiverem restritos à fase de conhecimento, quando, então, o credor deverá outorgar novo instrumento para a execução.

Havendo renúncia pelo causídico, caberá ao credor constituir novo advogado para dar início à execução.

Apenas nas hipóteses em que a execução se inicia perante novo juízo, far-se-á necessária a juntada de instrumento procuratório hábil, posto que a pretensão executiva deduzida é originária.

9 Chamamento do devedor: oportunidade de contraditório

Duas são as hipóteses de chamamento do devedor ao processo, por intimação da penhora e avaliação, ou por citação, quando autônoma a execução.

Quando o procedimento for *lato sensu*, nos mesmos autos no processo sincrético, superado o prazo para pagamento voluntário, o credor deverá peticionar requerendo o início da execução, discriminando pormenorizadamente seu crédito e indicando bens disponíveis à penhora.

Formalizada a penhora, desde que não tenha recaído sobre dinheiro, caberá ao mesmo oficial de justiça promover a avaliação do bem ou, não tendo condições, deverá devolver o mandado com a certidão de penhora e informar essa impossibilidade, para que o juiz da causa nomeie avaliador.

Só quando formalizados ambos os atos, penhora e avaliação, em conjunto ou separadamente, é que o devedor será intimado, pessoalmente ou na pessoa de seu procurador, para, querendo, impugnar os cálculos, a penhora e a avaliação de uma só vez, de acordo com o § 1º do art. 475-J do CPC.

Se a execução ou a liquidação é autônoma, *stricto sensu*, o devedor será citado para os termos do procedimento específico, a teor do parágrafo único do art. 475-N do CPC.

Caso o credor não exerça seu direito de executar *lato sensu*, após 6 (seis) meses da fluência dos 15 (quinze) dias para pagamento voluntário, a secretaria deverá certificar tal ocorrência nos autos para que o juiz da causa determine seu arquivamento vivo, sem baixa e sem prejuízo de pedido superveniente de desarquivamento, em conformidade com a regra do § 5º do art. 475-J do CPC, desde que não tenha se operado a prescrição.

De posse dos autos e observando que ocorreu prescrição superveniente, o juiz da causa deverá decretá-la de ofício, nos moldes do art. 219, § 5º, do CPC, caso contrário, deverá determinar vista dos autos à parte legitimada para que seja providenciada a elaboração da petição executiva.

10 Sucumbência: princípio da causalidade no cumprimento de sentença

Se o pedido de cumprimento de sentença, ao menos em regra, se faz nos mesmos autos do processo sincrético, teria cabimento a condenação do devedor na verba de sucumbência?

A jurisprudência vem declarando que sim, conforme arestos adiante ementados:

Honorários advocatícios. Possível a fixação de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença. Precedentes jurisprudenciais. Agravo parcialmente provido de plano, forte no artigo 557, §1º-A, do CPC (AI 70026499509, TJRS, 20CC, Rel. Des. Rubem Duarte, julgado em 29/09/2008).

O fato de se ter alterado a natureza da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo e passou a ser mera fase complementar do mesmo processo em que o provimento é assegurado, não traz nenhuma modificação no que

tange aos honorários advocatícios. - A própria interpretação literal do art. 20, § 4º, do CPC não deixa margem para dúvidas. Consoante expressa dicção do referido dispositivo legal, os honorários são devidos “nas execuções, embargadas ou não”. - O art. 475-I, do CPC, é expresso em afirmar que o cumprimento da sentença, nos casos de obrigação pecuniária, se faz por execução. Ora, se haverá arbitramento de honorários na execução (art. 20, § 4º, do CPC) e se o cumprimento da sentença se faz por execução (art. 475, I, do CPC), outra conclusão não é possível, senão a de que haverá a fixação de verba honorária na fase de cumprimento da sentença. - Ademais, a verba honorária fixada na fase de cognição leva em consideração apenas o trabalho realizado pelo advogado até então. - Por derradeiro, também na fase de cumprimento de sentença, há de se considerar o próprio espírito condutor das alterações pretendidas com a Lei nº 11.232/05, em especial a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC. De nada adiantaria a criação de uma multa de 10% sobre o valor da condenação para o devedor que não cumpre voluntariamente a sentença se, de outro lado, fosse eliminada a fixação de verba honorária, arbitrada no percentual de 10% a 20%, também sobre o valor da condenação. Recurso especial conhecido e provido (REsp 978545/MG, STJ, T3, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 01/04/2008).

Desse modo, não há dúvidas sobre o cabimento da condenação do devedor na verba sucumbencial no pedido executivo de cumprimento de sentença, seja ele nos próprios autos *lato sensu*, seja quando o pedido for autônomo, fundado em sentença penal condenatória, arbitral ou estrangeira homologada, desde que se faça necessário o pedido de cumprimento.

Apenas no procedimento *latu sensu*, não haverá incidência de sucumbência executiva se o devedor promover voluntariamente o pagamento, com o depósito

integral da quantia devida no prazo legal de 15 (quinze) dias. Se o depósito não for integral, sobre o saldo declarado remanescente também incidirão honorários advocatícios, tudo em atenção ao princípio da causalidade.

11 Satisfação do crédito: oportunidade de liquidação da obrigação devida

Superada a fase de impugnação da execução, resta a satisfação do crédito na quantia que ao final for definida como devida.

Se a penhora recaiu sobre dinheiro, é bastante a expedição de alvará pelo juiz da causa para oportuno pagamento pela instituição bancária depositária, devendo-se observar o crédito da parte e o eventual crédito do advogado, mediante expedição de alvarás próprios, com retenção e recolhimento do imposto de renda devido.

Caso a penhora recaia sobre bem móvel, imóvel ou semovente, necessária se fará enfrentar mais uma fase procedimental, no caso a de satisfação.

Os meios de satisfação do crédito seguem a ordem processual vigente, qual seja, por opção do credor, adjudicação (art. 685-A do CPC), alienação por iniciativa particular (art. 685-C do CPC) e, por último, alienação em hasta pública (art. 686 do CPC).

Conclusões

A execução fundada em título executivo judicial foi sensivelmente alterada pelo legislador brasileiro, que buscou afastar do sistema um procedimento que já não mais

atendia à necessidade daqueles que obtinham uma sentença condenatória, mas tinham que se submeter a um novo processo executivo com seus respectivos incidentes, tornando quase sempre inócua a execução.

Agora, a execução se dá nos próprios autos, *lato sensu*, independentemente de intimação para pagamento, ou será *stricto sensu*, em casos específicos, sempre com indicação de bens à penhora pelo credor, penhora e avaliação conjuntas e fase de liquidação simplificada, caso superada impugnação oportuna.

O que temos visto na prática, infelizmente, é que há diversas interpretações dos magistrados para hipóteses idênticas, talvez por falta de uma melhor maturação do tema, que realmente merece ampla dedicação e refino, para que as rotinas sejam desenvolvidas de forma harmônica.

O importante é que o novo sistema seja um instrumento real de efetividade para satisfação oportuna dos créditos declarados judicialmente, resgatando a legitimação compositiva coercitiva que cabe constitucionalmente ao Poder Judiciário.



Centro de Estudos Judiciários

Fórum Desembargador Rodolfo Aureliano

Av. Desembargador Guerra Barreto, n. 200, 4º andar/Norte, Joana Bezerra, Recife-PE.

www.tjpe.jus.br/cej